

Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding



# BESTUURSRECHT TUSSEN AUTONOMIE EN VERHOUDING

*Naar een relationeel bestuursrecht*

*Lukas van den Berge*

Boom juridisch  
Den Haag  
2016

Omslag: gerecht van Mülhausen, het huidige Mulhouse. Miniatuur uit de Luzerner Chronik van Diebold Schilling (Luzern, Bürgerbibliothek), handschrift uit 1513. Afbeelding verkregen via [www.e-codices.ch](http://www.e-codices.ch) (2 mei 2016). Zie verder hoofdstuk 10, p. 309.

Opmaak: Klaartje Hoeberechts, Rechtsgeleerdheid, Universiteit Utrecht

© 2016 Lukas van den Berge | Boom juridisch

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier; zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprerecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprerecht.nl](http://www.reprerecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.stichting-pro.nl](http://www.stichting-pro.nl)).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

ISBN 978-94-6290-300-5  
E-ISBN 978-94-6274-621-3  
[www.boomjuridisch.nl](http://www.boomjuridisch.nl)

## VOORWOORD

Dit proefschrift onderzoekt de grondslagen van het Nederlandse bestuursrecht vanuit rechtstheoretisch en ideeënhistorisch perspectief. Van oudsher is het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming sterk geënt op de klassieke noties van een ondeelbaar algemeen belang en verticale publiekrechtelijke verhoudingen. In de huidige tijd van privatisering, individualisering, decentralisering en internationalisering zijn die uitgangspunten steeds verder onder druk komen te staan. Naar vrij algemeen wordt aanvaard is het klassieke stelsel inmiddels zelfs dusdanig werkelijkheidsvreemd dat het in zijn starre klassieke vorm onhoudbaar is geworden. Pogingen om het vanuit de eigen logica te herzien zijn onbevredigend en deels ook onvruchtbaar gebleken. Anders dan de Baron van Münchhausen is het Nederlandse bestuursrecht niet in staat gebleken zich aan zijn eigen haren uit het moeras omhoog te trekken. Daarom is het hoog tijd ook de grondbegrippen van het ‘rechtsstatelijk bestuursrecht’ zelf kritisch te heroverwegen. Op grond van welke uitgangspunten kreeg het klassieke stelsel oorspronkelijk gestalte? Vanuit welke theoretische uitgangspunten zou eventueel vorm kunnen worden gegeven aan een ‘responsief’ stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid dat enerzijds tegemoet komt aan de ‘gefragmentariseerde’ en ‘gehorizontaliseerde’ sociale werkelijkheid van het publiekrecht maar anderzijds recht blijft doen aan wat wel wordt beschouwd als de ‘eigen aard’ van publiekrechtelijke verhoudingen?

De zoektocht naar recht en rechtvaardigheid kent gelukkig geen definitieve uitkomsten. Ter verkrijging van onwankelbare antwoorden op fundamentele rechtsvragen zouden we, zoals Wisława Szymborska treffend schrijft, ‘heel lang moeten bestaan/ beslist langer/ dan de wereld bestaat’. We zouden moeten ‘uitstijgen boven het lichaam/ dat in niets zo uitblinkt als in/ beperken/ en moeilijkheden scheppen’. Het is ons nu eenmaal niet gegeven ‘de tijd te boven te komen/ waarin alles maar voortijlt en wervelt’. Maar juist het gebrek aan definitieve antwoorden schept ruimte voor verwondering en maakt het bestaan vaak zo bijzonder aangenaam. Anders gezegd: ‘het is een groot geluk/ niet precies te weten/ op wat voor wereld we leven’; juist bij gebrek aan alomvattend overzicht krijgt de contingente werkelijkheid haar volle zin.<sup>1</sup> Dit proefschrift is in volle omhelzing van dat geluk geschreven. Ik ben mij ervan bewust dat het talloze onvolkomenheden bevat. Naar ik vrees zal de belastingbetaler, die de totstandkoming ervan toch zo ruimhartig heeft ondersteund, er bij gebrek aan direct toepasbare aanbevelingen niet meteen iets mee opschieten. Desalniettemin hoop ik dat het aan de discussie over de ontwikkeling van het bestuursrecht een bijdrage zal kunnen leveren. Reeds in de taal waarin wij over het recht denken en discussiëren liggen allerlei waarden en mens- en wereldbeelden besloten die ons vanuit het verleden zijn aangereikt. Slechts zelden zijn dergelijke onderliggende uitgangspunten in bestuursrechtelijke literatuur expliciet onderwerp van debat. Voor zover mijn proefschrift geen directe oplossingen biedt hoop ik in ieder geval dat het kan

---

1 Wisława Szymborska, *Uitzicht met zandkorrel. Een keuze uit de gedichten*, vertaald door Gerard Rasch, Amsterdam: Meulenhoff 1997, p. 157-158.

helpen verborgen vooronderstellingen te ontsluiten en vatbaar te maken voor reflectie en discussie. Wellicht heeft de belastingbetaler er op die manier toch nog iets aan.

Mijn dank voor genereuze steun bij de totstandkoming van dit proefschrift gaat natuurlijk niet alleen uit naar de belastingbetaler. De verwonderde vertwijfeling die Szyborska beschrijft is kenmerkend voor alle vormen van onderzoek, maar dringt zich vaak in het bijzonder op aan beginnende promovendi. Het verloop van elk promotie-onderzoek is bij aanvang als het goed is volkomen onbekend. Natuurlijk worden er wel allerlei onderzoeksvoorstellen geschreven en gedetailleerde plannings opgesteld, maar zoals elke onderzoeker weet is de waarde daarvan betrekkelijk. Het punt is nu juist dat van tevoren niet kan worden gezegd waar het onderzoek heen gaat; wanneer dat anders zou zijn zou men er immers even goed niet aan kunnen beginnen. Daarom kenmerkt een goede verhouding tussen promotor en promovendus zich in essentie door wederzijds vertrouwen. In onvertaalbaar Duits heet een promotor wel ‘Doktorvater’ of ‘Doktermutter’. In het beste geval biedt hij hulp en advies waar nodig, maar stimuleert hij ook de intellectuele autonomie van de promovendus. Hij toont zich betrokken, maar behoudt tegelijkertijd een zekere afstand. Eventueel stuurt hij het project op subtiele wijze iets bij, maar steeds met behoud van de ruimte voor de promovendus om zijn eigen ideeën te ontwikkelen. Kortom: de promotor schept een vertrouwensband waarbinnen de promovendus zich gesteund weet maar ook zijn eigen weg kan gaan. In Ton Hol en Ben Schueler vond ik niet één, maar twee van dergelijke promotoren. Beiden sprongen op cruciale momenten bij en lieten nooit na mij aan te moedigen bij het leggen van op het eerste gezicht soms nogal vergezochte verbanden. Toen ik als eerste tekst bij hen een stuk inleverde over Machiavelli en het Romeinse recht was ik er vrij zeker van snel ontslagen te zullen worden. Ik ben hun er zeer erkentelijk voor dat zij dat niet hebben gedaan en zelfs vroegen om meer van dat soort teksten. Ik realiseer mij dat een dergelijke academische openheid in huidige tijden uiterst zeldzaam is en hoop van harte dat ik het in mij gestelde vertrouwen met dit proefschrift enigszins recht heb gedaan. Betere academische ouders had ik mij niet kunnen wensen.

Naast Ben en Ton ben ik ook de andere leden van de afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtstheorie van de Universiteit Utrecht uiterst erkentelijk. Mijn kamergenoten Paulien Willemsen en Sim Haket zijn een wonder van verdraagzaamheid en gaven nuttige adviezen op tal van terreinen. Tijdens langgerekte lunches deelde Imelda Tappeiner steeds op genereuze wijze haar visie op de toestand in de wereld en de universiteit in het bijzonder; ik heb daaraan veel ontleend. Allard Ringnalda, Alyssa Bos, Anoeska Buijze, Bald de Vries, Coen Modderman, Herman Kasper Gilissen, Hilke Grootelaar, Jan Willem van Rossem, Jeroen Kiewiet, Jet Tigchelaar, Kees van den Bos, Kees Quist, Kirsten van Loo, Matthijs de Blois, Merlin Majoor, Paulien de Morree, Sandra Taal, Theo Rosier, Titia de Kramer, Wibo van Rossum, Wouter Ernst, en Wouter Zorg en alle anderen waren even aangenaam gezelschap. Ik heb veel van hen geleerd, op tal van manieren en in tal van opzichten. Met Remco Nehmelman en Ton Duijkersloot vergezelde ik de studenten tijdens een mooie studiereis in Rome. André Verburg, Ernst Plambeck, Henk Addink, Herman van Harten en Rolf Ortlep gaven in verschillende stadia van het project goede raad. Philip Langbroek vaardigde mij als zijn ‘Stellvertreter’ af naar een conferentie in München die van beslissende waarde bleek voor de ontwikkeling van mijn ideeën. Ook aan de doortastendheid van Belen Rhebergen, Inge Bakker en Ingrid Hillebrand heb ik

veel te danken. Rob Widdershoven was bereid in mijn leescommissie plaats te nemen en droeg op ruimhartige wijze materiaal en energie aan voor nog vijf proefschriften. Maar de grootste dank ben ik verschuldigd aan René Brouwer. Zijn minutieuze commentaar bij sommige van mijn schrijfsels was van uitzonderlijke academische scherpste; ik heb het als een eer ervaren dat hij mijn stukken zo precies en als het moest ook zo meedogenloos heeft willen lezen.

Ook buiten de kring van mijn naaste collega's kon ik rekenen op de hulpvaardigheid van velen. Allereerst gaat mijn dank uit aan de hoogleraren Ernst Hirsch Ballin (TiU/UvA), Raymond Schlössels (RU), Sanne Taekema (EUR) en Pauline Westerman (RUG), die evenals Rob Widdershoven bereid waren mijn proefschrift te beoordelen. Voor hun scherpe opmerkingen en bedenkingen ben ik hun zeer erkentelijk en ik ben vereerd dat zij mijn proefschrift zo grondig en soms ook uiterst kritisch hebben willen becommentariëren. Daarnaast dank ik Thomas Mertens, die mij als beginnende promovendus liet aanschuiven bij workshops over Kant en Hegel die ik als bijzonder inspirerend heb ervaren. Ondanks hun drukke agenda namen Bert van den Brink en Gerhard Hoogers ruim de tijd om over het een en ander van gedachten te wisselen. Mirthe Jiwa liet haar zeldzaam opmerkzame en creatieve geest gaan over verschillende van mijn teksten en hielp mij mijn argumenten verder aan te scherpen. Met Wouter den Hollander voerde ik inspirerende gesprekken over de relativiteitseis en met Gert Jan Geertjes over de aard van het staatsrecht. In dierbare samenwerking met Michael Milo en Emanuel van Dongen ondernam ik met studenten allerlei buitencurriculaire activiteiten, met als absolute hoogtepunt onze jaarlijkse zomerschool over de historische grondslagen van het recht in Rome. Titia Kloos en Klaartje Hoeberechts boden onmisbare hulp bij de redactie en de opmaak van de tekst. Hans Jongkind, Floris van den Eijnde en Foke van Delft toonden veel belangstelling voor mijn onderzoek en bleven trouwe vrienden, ondanks mijn pogingen tot toelichting van het een en ander in een periode waarin ik nog niet zo goed in staat was kort en bondig uit te leggen waar ik nu zo ongeveer mee bezig was. Atie van den Berge en Nelly Rozendaal toonden zich even betrokken en hielpen op allerlei manieren mee. Tot slot bedank ik Margot Rozendaal. De souplesse waarmee zij een veeleisende baan combineert met de soms even veeleisende rijkdom van ons gezinsleven grenst aan het ongelofelijke.





# INHOUD

Voorwoord	v
Lijst van afkortingen	xiii

## I INLEIDING

1. De Dordtse veelverzoeker	1
2. ‘Autonoom’ en ‘relationeel’ recht	4
3. Bestuursrechtspraak tussen ‘recours objectif’ en ‘recours subjectif’	7
4. Grondslagen van bestuursrecht	12
5. ‘Transformationsdruck’	16
6. Probleemstelling	19
7. Methode	20
8. Plan van behandeling	21

## Deel 1 Staat tussen autonomie en verhouding

### II DE ‘AUTONOME STAAT’

1. Inleiding	27
2. Het reflectieve evenwicht	29
3. Het ‘autonome bevrijdingsproject’	32
4. De staat als kunstwerk	35
5. Het primaat van het algemene	40
6. Het ‘onbepaalde zelf’	46
7. ‘Autonome pathologieën’	50
8. Conclusie	53

### III DE ‘RELATIONELE STAAT’

1. Inleiding	57
2. Hegel en de revolutie	60
3. De weg naar de vrijheid	62
4. ‘Sittlichkeit’	64
5. Familie, maatschappij en staat	67
6. Burgerlijke en administratieve rechtspraak	69
7. De staat, het recht en de geschiedenis	70
8. Publiek- en privaatrecht	73
9. Pluralisme	76
10. Democratische zedelijkheid	77
11. Conclusie	79

## INHOUD

### IV BUYS, LOEFF EN STRUYCKEN

1. Inleiding	81
2. De rechtsstaat	84
3. Buys	90
4. Loeff	95
5. Struycken	99
6. Moderne pathologieën	106
7. Conclusie	108

## Deel 2 Recht tussen autonomie en verhouding

### V RELATIONEEL RECHT

1. Inleiding	113
2. ‘Gemeen recht’	119
3. Publiekrecht als uitzonderingsrecht	124
4. ‘Gemengd recht’	127
5. De rechtsorde als rechtsbetrekkingsorde	132
6. Relationeel publiekrecht	134
7. Wederkerig bestuursrecht	136
8. Eenzijdig en wederkerig?	139
9. ‘Gemeenschappelijk recht’	141
10. Juridische en feitelijke asymmetrie	142
11. Mutualiteit en reciprociteit	145
12. Conclusie	148

### VI AUTONOOM RECHT

1. Inleiding	151
2. Zinsverscheidenheid	154
3. Publiek- en privaatrecht	155
4. Invullende rechtsleer	159
5. Vrijheid en beheersing	161
6. Spectraal recht	164
7. Staat en maatschappij	166
8. Nivellerende rechtswetenschap	168
9. ‘Model-Tak’	171
10. Coherent bestuursrecht	175
11. Theorie en praktijk	179
12. Conclusie	181

# Deel 3 Besluit, relativiteit, evenredigheid en *trias politica*

## VII BESLUIT

1. Inleiding	187
2. Vormen van besturen	191
3. ‘Gemene’ bestuursrechtspraak	193
4. Billijkheid en rechtszekerheid	196
5. Tweepolig procesrecht	199
6. Zelfstandige besluiten	202
7. Publieke taken	205
8. Autonomie en verhouding	210
9. <i>Subjectum litis</i> en <i>fundamentum petendi</i>	213
10. ‘Groeimodel’	215
11. Schadevergoeding	218
12. Sociaal domein	220
13. Conclusie	222

## VIII RELATIVITEIT

1. Inleiding	227
2. Van <i>Begriffs-</i> via <i>Interessen-</i> naar <i>Wertungsjurisprudenz</i>	232
3. Van <i>Raalte</i> weg via <i>De Marchant et d’Ansembourg...</i>	234
4. ... en via de kritiek van Meijers, Scholten en Smits...	238
5. ...naar de correctie-Langemeijer	240
6. Relativiteitsleer ‘nieuwe stijl’	242
7. Beschermingsdoel en -bereik	247
8. Betrekkingsleer van Scheltema	250
9. ‘Incongruente’ en ‘contraire’ belangen	252
10. Kennelijkheid	255
11. Overschatting van rechtsnormen?	257
12. <i>Brummen</i>	260
13. Verwevenheid	262
14. Correctie-Widdershoven	264
15. Conclusie	266

## IX EVENREDIGHEID EN TRIAS POLITICA

1. Inleiding	271
2. Montesquieu: evenwicht van machten	276
3. Het primaat van de wetgever	280
4. De staat als organisme	282
5. ‘Freies Ermessen’	285
6. Marginale toetsing	287

## INHOUD

7.	De ruimte van het recht	290
8.	<i>Van Maxis en Praxis</i> naar <i>Alcoholslotprogramma</i>	293
9.	<i>Groninger gaswinning</i> , asielbesluiten en Wav-zaken	296
10.	Conclusie	300
X	CONCLUSIE	303
	Bibliografie	311
	Tekstedities	346
	Jurisprudentie	348
	Summary	351
	Curriculum vitae	359

## LIJST VAN AFKORTINGEN

<i>AAe</i>	<i>Ars Aequi</i>
<i>AB</i>	<i>Administratiefrechtelijke Beslissingen</i>
ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State
A-G	advocaat-generaal
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BW	Burgerlijk Wetboek
Chw	Crisis- en herstelwet
CRvB	Centrale Raad van Beroep
<i>CS</i>	<i>Du contrat social</i>
diss.	dissertatie
ECLI	European Case Law Identifier
<i>EL</i>	<i>De l'esprit des lois</i>
<i>EN</i>	<i>Ethica Nicomachea</i>
EU	Europese Unie
<i>GMS</i>	<i>Grundlegung der Metaphysik der Sitten</i>
Gst.	Gemeentestem
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
<i>JB</i>	<i>Jurisprudentie Bestuursrecht</i>
<i>JBPlus</i>	<i>Jurisprudentie Bestuursrecht Plus</i>
<i>KPV</i>	<i>Kritik der praktischen Vernunft</i>
m.nt.	met noot van
<i>MS</i>	<i>Die Metaphysik der Sitten</i>
MvA	memorie van antwoord
MvT	memorie van toelichting
<i>MvV</i>	<i>Maandblad voor Vermogensrecht</i>
<i>NJ</i>	<i>Nederlandse Jurisprudentie</i>
<i>NJLP</i>	<i>Netherlands Journal of Legal Philosophy</i>
NJV	Nederlandse Juristenvereniging
NL	Nederland
<i>NTB</i>	<i>Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht</i>
<i>NTBR</i>	<i>Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht</i>
<i>O&amp;A</i>	<i>Overheid &amp; Aansprakelijkheid</i>
P-G	procureur-generaal
PG	parlementaire geschiedenis
<i>PhG</i>	<i>Phänomenologie des Geistes</i>
<i>PhR</i>	<i>Grundlinien der Philosophie des Rechts</i>
<i>Pol.</i>	<i>Politica</i>
Rb.	Rechtbank

## LIJST VAN AFKORTINGEN

<i>RM</i>	<i>Rechtsgeleerd Magazijn</i>
<i>RM Themis</i>	<i>Rechtsgeleerd Magazijn Themis</i>
r.o.	rechtsoverweging
<i>R&amp;R</i>	<i>Rechtsfilosofie &amp; Rechtstheorie</i>
RosR	Reglement onderzoek schepen op de Rijn
RvS	Raad van State
<i>SLR</i>	<i>Six livres de la république</i>
<i>Stb.</i>	<i>Staatsblad</i>
<i>STG</i>	<i>Second treatise of civil government</i>
<i>TBR</i>	<i>Tijdschrift voor Bouwrecht</i>
<i>TGMA</i>	<i>Tijdschrift voor Gezondheidsschade, Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht</i>
TM	Toelichting-Meijers
<i>TMA</i>	<i>Tijdschrift voor Milieuaansprakelijkheid</i>
<i>Trema</i>	<i>Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht</i>
<i>TvO</i>	<i>Tijdschrift voor Openbaar bestuur</i>
VAR	Vereniging voor Bestuursrecht
VBR	Vereniging voor Bouwrecht
<i>VGPh</i>	<i>Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie</i>
<i>VPhR</i>	<i>Vorlesungen über die Philosophie der Religion</i>
Vzr.	Voorzieningenrechter
Wab	Wet aanpassing bestuursprocesrecht
Wet Arob	Wet Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen
Wet Bab	Wet beroep administratieve beschikkingen
<i>WPNR</i>	<i>Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie</i>
Wro	Wet ruimtelijke ordening
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
<i>ZeF</i>	<i>Zum ewigen Frieden</i>

# I

## INLEIDING

*Van oudsher is het Nederlandse bestuursrecht sterk geënt op de principes van machtscheiding, legaliteit en abstracte behartiging van het algemeen belang. Die principes vallen terug te voeren op een 'autonoom' staats- en rechtsfilosofisch ideaal dat uitgaat van wezenlijk onverbonden individuen die slechts gehouden zijn aan wetten die zij zichzelf omwille van hun onderlinge gelijke vrijheid hebben opgelegd. Als gevolg van sociale en maatschappelijke veranderingen en de internationalisering van het recht is dat 'autonome' ideaal de laatste decennia steeds verder onder druk komen te staan. In het bestuursrecht komt dat onder meer naar voren in het toegenomen belang dat wordt gehecht aan de concrete 'relationele' context waarbinnen de overheid haar bevoegdheden uitoefent. De 'relationele' ontwikkeling van het bestuursrecht komt tegemoet aan een duidelijke maatschappelijke behoefte, maar staat op gespannen voet met de 'autonome' principes waarop de dogmatiek van het stelsel traditioneel is toegesneden. 'Relationele' hervorming van het bestuursrecht op grond van de 'autonome' logica van het klassieke bestuursrecht zelf is onbevredigend en deels ook onvruchtbaar gebleken. Om uit de impasse te komen is een nieuw theoretisch model nodig dat ruimte laat aan 'relationele' veranderingen zonder de 'autonome' waarden van het klassieke stelsel uit het oog te verliezen.*

### 1. DE DORDTSE VEELVERZOEKER

Sinds 2012 wordt de gemeente Dordrecht geteisterd door allerlei juridische acties van zakenman K. die naar diens eigen zeggen vooral bedoeld zijn om te 'zieken'. De problemen tussen K. en de gemeente komen voort uit een verschil van inzicht over de illegale kamergewijze verhuur van enkele tientallen panden in de Dordtse binnenstad. Omwille van de leefbaarheid besloot de gemeente in 2008 haar beleid inzake dergelijke praktijken te verscherpen. Daarbij paste zij bestuursdwang toe en sloot enkele van K.'s panden. In 2012 liet de gemeente bovendien twee panden veilen ter incassering van niet betaalde dwangsommen. Daarop escaleerde het conflict en werd de gemeente dagelijks geconfronteerd met allerlei bezwaarschriften en handhavings- en Wob-verzoeken waarmee K. zo veel mogelijk zand in het bestuursapparaat trachtte te gooien. Behalve om te 'zieken' waren de acties van K. bedoeld om de gemeente ertoe te bewegen haar verscherpte beleid tegen illegale kamerverhuur op te geven. Bovendien beoogde hij te voorkomen dat de

opbrengst uit de geveilde panden zomaar in de gemeentekas zou verdwijnen. In plaats daarvan trachtte K. de gemeente te dwingen de op hem buitgemaakte geldsom uit te geven aan juristen. Daarnaast wilde hij de gemeente zo veel procedures aandoen dat hij met een beroep op de Wet dwangsom bij niet tijdig beslissen automatisch vergoedingen zou ontvangen. Aldus zou hij via een omweg alsnog schadeloos worden gesteld voor het verlies van zijn panden.<sup>1</sup>

De gemeente laat het er niet bij zitten en eist in een civielrechtelijk kort geding dat K. een verbod krijgt opgelegd om zich gedurende twee jaar vaker dan tien keer per maand schriftelijk tot de gemeente te richten. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam wijst de vordering toe. Daarbij beroept hij zich op artikel 3:13 BW, dat onder meer bepaalt dat '[d]egene die een bevoegdheid toekomt' deze niet kan inroepen 'voor zover hij haar misbruikt'. Alleen wanneer de 'aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet' is deze bepaling op grond van artikel 3:15 BW ook buiten het vermogensrecht van toepassing. Die bepaling doet volgens de rechter in het onderhavige geval aan de toepasselijkheid van artikel 3:13 BW niet af. Daarbij overweegt hij dat 'de bestuursrechtelijke aard van een rechtsbetrekking' er 'op zich niet aan in de weg [staat] dat ook in die verhouding een bevoegdheid kan worden misbruikt, door een burger jegens de overheid'. Wel brengt de aard van de verhouding tussen overheid en burger volgens de voorzieningenrechter mee 'dat minder snel mag worden aangenomen dat sprake is van misbruik van bevoegdheid dan in de verhouding tussen burgers onderling'. Aan de overheid komen immers bevoegdheden toe 'met een soms zeer verstrekkend karakter, die een willekeurige burger als regel niet pleegt te hebben'. Daarom moet de burger 'de nodige ruimte [hebben] om tegen de overheid te kunnen opkomen'. Deze ruimte is volgens de rechter evenwel 'niet onbegrensd'; in het conflict tussen K. en de gemeente Dordrecht werden de uitersten ervan wat hem betreft overschreden.<sup>2</sup>

'Misbruik van bestuursrecht' door burgers jegens overheden, zoals in de zaak tussen K. en de gemeente Dordrecht, lokt de laatste jaren zowel in vakliteratuur als in de gewone media veel discussie uit.<sup>3</sup> Is 'misbruik van recht' van burgers jegens overheden überhaupt een bruikbare figuur? Volgens een klassiek publiekrechtelijk ideaal dient de overheid verzoeken van burgers slechts *in abstracto* te beoordelen, waarbij zij de burger niets tegenwerpt dat hem niet door een voldoende specifieke wetsbepaling is verboden. Naar deze opvatting dienen bestuursorganen onzinnige bezwaarschriften en handhavings- en Wob-verzoeken in beginsel niet anders te behandelen dan andere.<sup>4</sup> Intussen maakt oneigenlijk gebruik van bestuursrechtelijke rechten door burgers veel verontwaardiging

1 F. Jensma, 'Hoeveel bezwaarprocedures mag een burger beginnen tegen de gemeente?', *NRC Handelsblad* 4 april 2013.

2 Rb. Rotterdam (vzr.) 21 maart 2013, *AB* 2013/151, m.nt. R. Stijnen. Zie ook Hof Den Haag 28 januari 2014, *AB* 2014/197, m.nt. R. Stijnen, waarin het oordeel van de voorzieningenrechter door het hof wordt bevestigd.

3 Zie o.a. Bakker 2014, p. 170 met verdere verwijzingen.

4 Zo bepaalde de Centrale Raad van Beroep in 2010 dat het College van burgemeester en wethouders van Winterswijk ook de 'evident kansloze' aanvragen om bijzondere bijstand van een plaatselijk als 'querulant' en 'veelprocedeerder' bekendstaande burger niet zomaar naast zich neer mag leggen, omdat 'het wettelijke stelsel' in die mogelijkheid nu eenmaal niet voorziet. Zie CRvB 1 maart 2010, *AB* 2010/100, m.nt. H.E. Bröring, met name r.o. 4.4.



los. Zo besteden kranten en tijdschriften met regelmaat aandacht aan particulieren en bedrijfjes die in verholde vorm allerlei Wob-verzoeken indienen met het kennelijke doel de dwangsom te innen die het bestuursorgaan verbeurt wanneer het niet tijdig beslist.<sup>5</sup> Door de wetgever wordt al enkele jaren naarstig gezocht naar geschikte maatregelen om het indienen van onzinnige en onredelijke Wob-verzoeken tegen te gaan; een voorstel tot wetswijziging dat in ieder geval een einde beoogt te maken aan misbruik van de Wob als sluw ‘verdienmodel’ is inmiddels aanhangig gemaakt.<sup>6</sup> Intussen laat ook de rechter zich niet onbetuigd. Zo bepaalde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in drie uitspraken op 19 november 2014 dat ook het publiekrechtelijke recht op informatie ‘zodanig evident’ kan worden aangewend zonder ‘redelijk doel’ dat sprake is van ‘kwade trouw’. In een dergelijk geval is sprake van ‘misbruik van recht’, zodat het betreffende Wob-verzoek niet in behandeling hoeft te worden genomen.<sup>7</sup>

De daartoe door de Afdeling gevolgde redenering vertoont met die van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam inzake de Dordtse veelverzoeker grote gelijkenis. De in artikel 3:13 BW neergelegde regel dat een bevoegdheid niet kan worden ingeroepen voor zover deze wordt misbruikt vindt ook toepassing binnen rechtsbetrekkingen die bestuursrechtelijk van aard zijn. Opvallend genoeg wijst de Afdeling daarbij onder meer op enkele in de Awb gecodificeerde beginselen van behoorlijk bestuur, die bepalen dat ook een bestuursorgaan zijn bevoegdheden niet mag misbruiken. Voor burgers jegens het bestuur geldt volgens de Afdeling hetzelfde; wettelijke aanwijzingen daartoe vindt zij onder andere in enkele bepalingen uit de Awb die voorzien in sancties tegen oneigenlijk gebruik van bestuursprocesrechtelijke bevoegdheden door particulieren.<sup>8</sup> De rechterlijke aanpak van ‘misbruik van bestuursrecht’ door burgers roept allerlei interessante vragen op. Dat het *bestuur* aan allerlei ongeschreven juridische plichten is onderworpen jegens de burger is inmiddels algemeen geaccepteerd. Maar in hoeverre geldt dit ook voor de *burger* jegens het bestuur? Wanneer de Afdeling in haar uitspraak spreekt van ‘kwade trouw’ van een particulier rechtssubject jegens de overheid beroept zij zich op een beginsel dat in het privaatrecht een centrale positie inneemt. Maar in hoeverre leent dit beginsel zich ook voor toepassing binnen publiekrechtelijke verhoudingen? Hebben bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen een fundamenteel eigen aard, die in het recht op duidelijke wijze tot uitdrukking moet worden gebracht? Of dient veeleer te worden uitgegaan van een juridisch ‘continuüm’, zodat van een wezenlijk onderscheid tussen publiek- en privaatrechtelijke verhoudingen welbeschouwd geen sprake is?

5 Zie o.a. *de Volkskrant* 23 augustus 2013 (‘Gemeenten kopen Wob-verzoeken af’); *Trouw* 29 augustus 2013 (‘Wet openbaarheid bestuur moet snel aangepast worden’); zie verder o.a. Barkhuysen 2015, p. 1137 met verdere verwijzingen.

6 *Kamerstukken II* 2014/15, 34106, 2 en 3.

7 ABRvS 19 november 2014, *AB* 2015/93, m.nt. E.C. Pietermaat; zie ook ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4135 en ECLI:NL:RVS:2014:4185 en ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2447 en ECLI:NL:RVS:2015:2489. Zie o.a. Daalder e.a. 2015, p. 2433-2434 voor nog veel meer recente rechtspraak, waaruit onder meer duidelijk wordt dat de lat voor ‘misbruik van recht’ in Wob-zaken heel hoog ligt.

8 Zie ABRvS 19 november 2014, *AB* 2015/93, m.nt. E.C. Pietermaat, r.o. 5.1, waar de Afdeling wat het bestuur betreft verwijst naar de artikelen 3:3 en 3:4 lid 2 Awb en wat de burger betreft naar de artikelen 6:15, 6:18 lid 4 en 8:75 lid 1 Awb.

## 2. 'AUTONOOM' EN 'RELATIONEEL' RECHT

Dit proefschrift gaat uit van de hypothese dat de nieuwe rechterlijke aanpak van 'misbruik van bestuursrecht' symptomatisch is voor een veranderingsproces dat in het gehele moderne publiekrecht plaatsgrijpt. De opvatting dat verplichtingen van burgers jegens overheden steeds op een stevig wettelijk fundament dienen te berusten valt terug te voeren op de ideeën van vroegmoderne en verlichte contractsdenkers als Hobbes, Rousseau en Kant, die de staat en het recht elk op eigen wijze begrepen als de kunstmatige schepping van autonome individuen. In de late negentiende eeuw werd aan hun ideeën vaak een nogal formalistische invulling gegeven, die kort gezegd inhoudt dat de burger alles mag tenzij een voldoende specifieke wettelijke bepaling daaraan in de weg staat, terwijl de overheid alleen mag handelen op grond van bevoegdheden die haar door de wet zijn verleend. In een beroemde rechtssociologische studie spreken Nonet en Selznick in dit verband van 'autonomous law', waarvan de opkomst kan worden verklaard als een reactie op de 'repressive law' die premoderne samenlevingen zou kenmerken.<sup>9</sup> 'Autonom recht' is gegrondvest op het ideaal van een 'government of laws and not of men'.<sup>10</sup> Het gaat uit van een strikte scheiding tussen *recht* en *beleid*, corresponderend met een scherpe grenslijn tussen rechterlijke taken enerzijds en die van de wetgever en het bestuur anderzijds. Ter vestiging van zijn legitimiteit vertelt het autonome recht het retorische 'verhaal' van vrije individuen die slechts zijn gebonden door de wetten die zij zichzelf hebben opgelegd.<sup>11</sup> De rol van de rechter blijft daarbij beperkt tot wetstoepassing, waarbij hij zich niet mengt in politieke conflicten en beleidsbeslissingen overlaat aan de democratisch gecontroleerde wetgever. Daarbij past het beeld van rechters als onafhankelijke, enigszins buitenmaatschappelijke 'men learned in the laws', 'passive dispensers of a received, impersonal justice'.<sup>12</sup>

De idee van een 'rule of law, not men' heeft ontegenzegglijk grote verdiensten. Zij staat evenwel soms op gespannen voet met concrete maatschappelijke behoeften. 'Legality', schrijven Nonet en Selznick, 'is the promise of autonomous law; legalism is its affliction'. Een al te grote nadruk op formele regels vermindert het aantal juridisch relevante feiten, zodat het recht op afstand komt te staan van de sociale realiteit. Het resultaat is 'legalism', begrepen als een rechtsopvatting die primair geënt is op de zuiverheid van de rechtsorde *in abstracto* en niet op maatschappelijke omstandigheden *in concreto*. Dat maakt de autonome rechtsopvatting weinig praktisch van aard. In haar gerichtheid op formele zuiverheid neigt zij tot miskennen van concrete maatschappelijke doelen en behoeften. Haar blik is immers in de eerste plaats gericht op de algemene 'rationeel-legale' orde en niet op hetgeen nodig of wenselijk is binnen concrete sociale verhoudingen.<sup>13</sup> Het autonome recht is daarmee verwant aan het ethos van de moderne bureaucratie, zoals onder meer beschreven door Max Weber. Het rationele gezag van de bureaucratische orde gaat uit van de idee dat gezagsdragers neutraal en objectief zijn; in geen geval laten zij

9 Nonet & Selznick 2001 [1978], p. 53 e.v.

10 Constitution of the Commonwealth of Massachusetts, deel 1, artikel 30.

11 Vgl. o.a. Witteveen 1988, p. 404 e.v.

12 Nonet & Selznick 2001 [1978], p. 56-60.

13 Nonet & Selznick 2001 [1978], p. 64-65.

zich bij de uitoefening van hun bevoegdheden leiden door subjectieve waarden. Te allen tijde voorkomen bureaucraten de indruk van vooringenomenheid; daarom stellen zij zich onpersoonlijk op en bewaren zij afstand tot concrete verhoudingen.<sup>14</sup> Het voorbeeld van de Dordtse veelverzoeker laat zien dat het autonome bureaucratische ethos de doelmatigheid en de flexibiliteit van het bestuur soms ernstig in de weg zit. Volgens de logica van het autonome recht heeft het bestuur geen mogelijkheden in handen om oredelijke Wob-verzoeken naast zich neer te leggen. Sterker nog: moeilijk te objectiveren waardeoordelen over de ‘redelijkheid’ van Wob-verzoeken behoren in de rationeel-legale orde in beginsel geen rol te spelen.

De moderne rechtstheorie laat zich voor een belangrijk deel beschrijven als een zoektocht naar een model waarin de uitwassen van ‘autonomous law’ worden teruggedrongen zonder de waardevolle elementen ervan geheel in te leveren.<sup>15</sup> Vergaande relationele hervormingen werden onder andere bepleit onder de vlag van de Duitse *Interessenjurisprudenz* van Rudolf von Jhering en zijn navolgers, die stelden dat niet de formele regel, maar het maatschappelijke ‘Zweck’ de ‘Schöpfer des ganzen Rechts ist’.<sup>16</sup> Verwante opvattingen werden in de vroege twintigste eeuw onder meer verkondigd door de Amerikaanse rechtsrealisten, die stelden dat het recht meer tegemoet zou moeten komen aan algemene maatschappelijke behoeften.<sup>17</sup> Een gevaar van dergelijke benaderingen is dat zij uitmonden in een instrumentele rechtsopvatting die de idee van een door autonome en rationele individuen geschapen ‘rationeel-legale orde’ geheel links laat liggen, zodat de waarden die zij vertegenwoordigt al snel worden opgeofferd aan de bewerkstelling van allerlei bovenindividuele maatschappelijke doelen. De kunst is daarom een model te vinden dat zich rekenschap geeft van de spanning tussen ‘autonom recht’ enerzijds en de contextualisering van rechtsposities binnen concrete sociale verhoudingen anderzijds. Nonet en Selznick spreken in dit verband van ‘responsive law’, begrepen als een rechtsopvatting die rekening houdt met particuliere relaties en de bredere maatschappelijke context van het recht, maar daarbij niet vergeet zelfstandige waarde toe te kennen aan de autonome vrijheid van individuele rechtssubjecten en aan de wettelijke en andere meer formele algemene rechtsnormen die daarop rechtstreeks zijn geënt.<sup>18</sup> Vanwege haar sterke oriëntatie op concrete en maatschappelijke *verhoudingen* zal deze rechtsopvatting in dit proefschrift verder worden aangeduid als *relationeel recht*.<sup>19</sup>

In vergelijking tot het autonome model biedt de idee van relationeel recht de mogelijkheid het juridische blikveld aanzienlijk te verruimen. In het moderne Nederlandse privaatrecht is daarvan met name vanaf de vroege twintigste eeuw dankbaar gebruik gemaakt. Een doorbraak arrest is in dit verband natuurlijk *Lindenbaum/Cohen* uit 1919, waarin werd bepaald dat rechtssubjecten niet alleen de wet in acht dienen te nemen, maar bovendien verplicht zijn de ‘zorgvuldigheid’ te betrachten ‘welke in het

14 Zie o.a. Brubaker 2013 [1984], p. 30.

15 Vgl. o.a. Habermas 1992, p. 15 e.v.

16 Zie o.a. Jhering 1923 [1877]: ‘Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts’ (motto).

17 Zie o.a. Frank 1932, p. 586: ‘All those known as legal realists or legal sceptics are eager [...] to improve the judicial system, to make it more efficient, more responsive to social needs, more “just”, if you like that word.’

18 Nonet & Selznick 2001 [1978], p. 74-75.

19 Vgl. o.a. Gribnau 1990; Foqué 1992.

maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed'.<sup>20</sup> Het arrest markeert op die manier een belangrijk moment in de overgang van het privaatrecht van een 'autonoom' naar een meer 'relationeel' model. In de oude situatie ging men ervan uit dat individuele rechtssubjecten slechts juridische plichten hebben voor zover die uit een voldoende specifieke algemene wetbepaling voortvloeien; in het vernieuwde onrechtmatiggedaadsrecht geldt voortaan dat juridische plichten ook kunnen voortvloeien uit hetgeen de 'maatschappelijke betamelijkheid en zedelijkheid' jegens anderen vereisen binnen concrete verhoudingen.<sup>21</sup> In het overeenkomstenrecht is die meer relationele gedachte onder meer herkenbaar in arresten als *Baris/Riezenkamp*, waaruit naar voren komt dat de rechtsband tussen contractanten in meest fundamentele zin wordt beheerst door het intersubjectieve beginsel van de 'goede trouw', 'medebrenkende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij'.<sup>22</sup> In goederenrechtelijke zin valt onder meer te denken aan de relativering van eigendom. Zo beschrijft Wiarda het eigendomsrecht niet langer als een absoluut 'droit inviolable et sacré', maar als een recht dat specifieke 'betrekkingen (relaties) in zich sluit'.<sup>23</sup> Dat wil zeggen: de eigenaar oefent zijn bevoegdheid niet uit in het luchtledige, maar in concrete, juridisch relevante verhoudingen tot anderen die de uitoefening ervan in bepaalde gevallen kunnen beperken.

Terwijl het privaatrecht zich aldus in 'relationele' zin hervormde, bleef het Nederlandse publiekrecht lange tijd goeddeels autonoom van aard. Pas betrekkelijk recent is daarin verandering gekomen. In zijn proefschrift beschrijft Crijns bijvoorbeeld de opkomst van de strafrechtelijke overeenkomst als 'systeembreuk' ten opzichte van het klassieke, op eenzijdige bevoegdheidsuitoefening geënte strafrecht.<sup>24</sup> Ook in de recente belangstelling voor strafrechtelijke mediation en herstelrecht komt de relationele ontwikkeling van het strafrecht sterk naar voren, zij het dat in dat verband niet de verhouding tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte, maar tussen dader en slachtoffer centraal staat. Anders dan voorheen is het stelsel niet langer eenzijdig gericht richt op de zuiverheid van de abstracte strafrechtelijke orde, maar althans mede op het herstel van verstoorde sociale verhoudingen.<sup>25</sup> Het bestuursrecht maakt een vergelijkbare ontwikkeling door. Zo introduceerde de memorie van toelichting bij de eerste tranche van de Awb de figuur van de 'wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking'. Bestuur en burger staan volgens de wetgever niet langer slechts in een eenzijdige verticale verhouding; in plaats daarvan zou tussen hen een juridische betrekking bestaan die vooral voor het bestuur juridische beginselverplichtingen met zich brengt, maar ook voor de burger bepaalde plichten

20 HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161 m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*).

21 Zie o.a. Van Maanen 1986, p. 57 e.v.

22 HR 15 november 1957, *NJ* 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*). Reeds 'dengene die overweegt een overeenkomst aan te gaan' heeft jegens zijn wederpartij bepaalde juridische verplichtingen die niet voortvloeien uit specifieke geschreven bepalingen, maar uit hetgeen het 'voorpositieve' beginsel van de goede trouw in een bepaald geval vereist. Zie over de relativering van het overeenkomstenrecht verder met name Van Erp 1990.

23 Wiarda 1961, p. 583.

24 Crijns 2010, p. 291 e.v.; vgl. in meer kritische zin ook De Jong 2013.

25 Zie o.a. Tak 2013.

oplevert.<sup>26</sup> Sinds de inwerkingtreding van de Awb heeft het bestuursrecht zich steeds verder in relationele zin ontwikkeld. De nieuwe rechterlijke aanpak van ‘misbruik van bestuursrecht’ is van die ontwikkeling een goed voorbeeld. De rechter gaat daarbij immers uit van een voorpositieve juridische betrokkenheid tussen burger en overheid die voor beide partijen niet zonder gevolgen blijft.

Zowel in het straf- als in het bestuursrecht roept de vrij recente, steeds verdergaande introductie van ‘relationele’ elementen in het van oudsher ‘autonome’ publiekrecht hevige reacties op. Enerzijds wordt breed onderkend dat de oude, volgens sommigen hoogst onwerkbare fixatie op de zuiverheid van de abstracte publieke rechtsorde niet langer voldoet; anderzijds zijn velen bevreesd voor een ‘privatisering’ van het publiekrecht die van klassieke ‘autonome’ waarden niets heel laat. In zijn ‘aggregerende bijdrage’ in een recent ‘bijzonder nummer’ van *Ars Aequi* dat geheel is gewijd aan de ‘privatisering van het strafrecht’ constateert Groenhuijsen bijvoorbeeld dat alle acht bijdragen aan dat nummer elk op eigen wijze vaststellen dat de incorporatie van relationele ‘elementen’ in het strafrecht onvermijdelijk is; de vraag is volgens hem slechts hoe ver die incorporatie zou moeten gaan.<sup>27</sup> In het bestuursrecht is iets soortgelijks aan de hand. De weerzin tegen het principiële, maar hoogst onpraktische, zelfs ‘haast autistische’ autonome bestuursrecht van weleer wordt breed gedeeld.<sup>28</sup> Tegelijk zijn velen bevreesd voor een ‘wederkerig bestuursrecht’ waarin de uitoefening van overheidsgezag voortaan al te zeer wordt bezien in het licht van particuliere verhoudingen. Met name is men daarbij gekant tegen een wederkerigheidsconcept dat analoog aan het privaatrecht wordt ingevuld. De meer ‘horizontale’ verhoudingen die daarbij zouden ontstaan zijn volgens critici zelfs ‘strijdig met de fundamentele uitgangspunten van het bestuursrecht’.<sup>29</sup> Aldus dringt zich de vraag op hoe het bestuursrecht tegemoet kan komen aan maatschappelijke behoeften en concrete verhoudingen zonder zijn traditionele publiekrechtelijke oriëntatie op de ‘rationeel-legale orde’ en de daarvan afgeleide rechtsposities van vrije en gelijke individuen te veel te veronachtzamen. Met andere woorden: hoe kan een *relationeel*, minder ‘autistisch’ bestuursrecht gestalte krijgen zonder daarbij al te zeer in te boeten op de klassieke waarden van het autonome recht?<sup>30</sup>

### 3. BESTUURSRECHTSPRAAK TUSSEN ‘RECOURS OBJECTIF’ EN ‘RECOURS SUBJECTIF’

De spanning tussen ‘autonoom’ en ‘relationeel’ bestuursrecht komt niet in het minst ook naar voren in de ontwikkeling van het bestuursprocesrecht. Van oudsher draagt het Nederlandse bestuursproces een uitgesproken ‘objectief’ karakter, waarbij algemene rechtshandhaving als het hoofddoel van bestuursrechtspraak geldt. Onder verwijzing naar

26 *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 3, p. 12.

27 Groenhuijsen 2013, 607.

28 Allewijn 2011, p. 147.

29 De Poorter & De Graaf 2011, p. 99-100. Zie verder o.a. Ten Berge 2007 en Schlössels & Zijlstra 2010, p. 48-50, met verdere verwijzingen.

30 Vgl. o.a. Zijlstra 2015, p. 128: ‘De discussie over rol en taakopvatting van de bestuursrechter is vastgelopen [...]. Er is grote behoefte aan een meer principiële beschouwing vanuit het constitutionele recht, evenwel zonder de bestuursrechtelijke praktijk uit het oog te verliezen.’

de Franse doctrine spreekt men daarbij in ideaaltypische zin wel van het ‘recours objectif’, dat zich uitsluitend richt op de handhaving van de ‘legalité abstraite’. Pas in de laatste decennia is de nadruk steeds meer komen te liggen op de vaststelling van de rechtsposities van concrete individuen jegens de overheid. In dit verband spreekt men van het ‘recours subjectif’, dat zich niet oriënteert op de abstracte orde, maar slechts op de ‘protection des droits individuels des particuliers’.<sup>31</sup> In het objectieve model is van een werkelijk ‘partijenproces’ geen sprake; de rechtzoekende fungeert volgens de objectieve leer slechts als ‘onbezoldigd rijksverklikker’ in dienst van de ‘rationeel-legale orde’.<sup>32</sup> Het ‘autonome recht’ vereist dat de overheid zich in al haar handelen nooit specifiek verhoudt tot concrete individuen, maar zich steeds ‘jegens allen’ verbonden weet aan de bewerkstelling van het algemeen belang. Op grond van die autonome logica is het objectieve stelsel niet gericht op bijzondere verhoudingen, maar slechts op een situatie waarin uiteindelijk ‘ieder het zijne’ krijgt toebedeeld. Met minder dan dat hoeft niemand genoeg te nemen. De gevolgen van een onwetmatig of anderszins ‘onvolkomen’ overheidsbesluit hoeven door geen enkel rechtssubject te worden geduld.<sup>33</sup>

In het systeem van bestuursrechtspraak zoals dat rond 1900 werd voorgestaan door de jurist en politicus J.A. Loeff, die als een voornaam ‘geestelijk vader’ van het Nederlandse stelsel kan worden beschouwd, komt de objectieve leer sterk naar voren. De ‘Staat als Rechtsstaat’ eist volgens Loeff dat de bevelen van de democratische wetgever steeds stipt worden nageleefd.<sup>34</sup> Jegens de overheid zijn burgers uitsluitend gehouden aan de algemene rechtsregels die zij zichzelf hebben opgelegd. Elke juridische gebondenheid van individuen aan ongeschreven recht of voorpositieve beginselen wordt door Loeff categorisch afgewezen. Vage ideeën rondom ‘rechtvaardigheid’ en ‘zedelijkheid’ vallen volgens hem niet te ‘verkneden tot een systeem’ waaruit voor individuen vooraf duidelijk kenbare juridische plichten voortvloeien. Met ongrijpbare zaken als ‘redelijkheid en billijkheid’ en ongeschreven intersubjectieve zorgvuldigheidsnormen heeft het recht daarom niets te maken. In het door Loeff voorziene stelsel van bestuursrechtspraak vertaalt die positivistische visie zich onder meer in een procesvorm die geheel abstraheert van particuliere verhoudingen. Het publieke proces behelst niet in de eerste plaats een ‘beslissing [...] van een tusschen twee partijen loopend geschil’, maar veeleer de bescherming van de abstracte rechtsorde tegen onwetmatige bevoegdheidsuitoefening.<sup>35</sup> Zo lang het bestuur binnen zijn wettelijke bevoegdheden opereert, kan het geen onrechtmatigheden begaan; rechterlijke controle richt zich daarom slechts op overschrijding van die bevoegdheden. Het belang van de rechtzoekende speelt in beginsel geen rol. Daarbij ging Loeff aanvankelijk zelfs zo ver dat hij de oprichting van een ‘O.M. in administratieve zaken’ bepleitte dat ook tegen de zin van een belanghebbende een zaak op touw kan zetten en desgewenst ook buiten hem om kan seponeren. Voor rechterlijke lijdelijkheid is in Loeffs stelsel hoe

31 Vincent 1982, p. 747.

32 Vgl. Verheij 1992, p. 131-149, p. 136.

33 Vgl. o.a. Schreuder-Vlasblom 2013, p. 43-45.

34 Loeff 1887, p. 78.

35 Loeff 1887, p. 67.



dan ook geen plaats; de rechter dient in beginsel het uiterste te doen om de objectieve rechtsorde te zuiveren van onrechtmatigheden.<sup>36</sup>

Zoals bekend werd Loeffs ontwerp tot regeling van algemene bestuursrechtspraak nooit ingevoerd. In het model dat uiteindelijk wel het licht zag werden Loeffs objectieve ideeën evenwel voor een belangrijk deel gerealiseerd. Zo opent de Wet beroep administratieve beschikkingen (Wet Bab) uit 1964 vernietigingsberoep tegen beschikkingen van de centrale overheid, waarbij de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State de opdracht kreeg deze objectief te toetsen aan de wet en een beperkt aantal behoorlijkebeginselen.<sup>37</sup> Wanneer de beschikking onrechtmatig werd bevonden, volgde in de regel vernietiging door de Kroon, waarna de bal werd teruggekaatst naar het bestuur voor het nemen van een nieuw besluit. Die systematiek van ‘vernietigen-en-opnieuw-voorzien’ werd voortgezet onder de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Wet Arob) uit 1976, die ook tegen beschikkingen van lagere overheden algemene bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstelde. In beide stelsels bleef de taak van de rechter beperkt tot algemene rechtmatigheidscontrole *erga omnes*, waarbij de rechter zich in beginsel onthield van de vaststelling van een concrete rechtsverhouding *inter partes*. Van ‘partijen’, zoals in het civiele proces, is in de objectieve leer immers geen sprake; de rechtzoekende, het verwerende bestuursorgaan en eventuele derden gelden naar die leer formeel slechts als ‘betrokkenen’, die evenzeer als andere rechtssubjecten zijn onderworpen aan de ‘jegens allen’ werkende publieke rechtsorde die ‘aan ieder het zijne’ toebedeelt. Bovendien is het stelsel van ‘vernietigen-en-opnieuw-voorzien’ toegesneden op de gedachte dat rechterlijke beoordeling zich dient te beperken tot *rechtmatigheidsaspecten* van overheidsbeslissingen, waarbij de rechter zich in geen geval mengt in het te voeren bestuurlijke *beleid*.<sup>38</sup>

Voortbouwend op de idee van de ‘wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking’ als dragend beginsel van het nieuwe bestuursrecht stelt de wetgever in de memorie van toelichting bij de tweede tranche van de Awb dat ‘het handhaven van het objectieve publiekrecht’ niet langer het hoofddoel van het stelsel van bestuursrechtspraak kan zijn.<sup>39</sup> Een belangrijk argument vindt de wetgever daarbij in de opkomst van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarmee de idee van het publiekrecht als een strikt kunstmatige, door de wetgever als de representant van autonome individuen in het leven geroepen orde, zoals onder meer bepleit door Loeff, niet verenigbaar is. Naar moderne opvatting bestaat de publiekrechtelijke orde niet slechts uit een verzameling van algemene wetsbevelen, maar bovendien uit algemene rechtsbeginselen die tussen bestuur en burger een rechtsband scheppen die aan het positieve recht voorafgaat. Die fundamentele rechtsonderworpenheid maakt dat de overheid zich niet langer aan de burger kan presenteren als partij die op democratische wijze tot stand gekomen wetten uitvoert en

36 Loeff 1887, p. 138-139; *Wettelijke maatregelen tot regeling der administratieve rechtspraak*, Den Haag: Belinfante 1906, p. 64 e.v. (MvT).

37 Artikel 4 lid 1 Wet Bab schrijft toetsing voor op onwetmatigheid, détournement de pouvoir en willekeur naast enig ander ‘in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur’. Die laatste categorie bleef in de praktijk vrij beperkt. Zie Van der Hoeven 1989, p. 209 e.v.

38 Vgl. o.a. Schueler 1994, p. 8-10.

39 *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, 3, p. 34.

daarom ‘boven’ de burger is gesteld. Met de aanvaarding van de behoorlijkheidsbeginselen zou een meer horizontale verhouding zijn ontstaan, die onder andere met zich brengt dat het bestuur rekening dient te houden ‘met de belangen van de bij de besluitvorming betrokken burger zoals die burger deze zelf ziet’. Met andere woorden: in het moderne recht is de zuivere gerichtheid op de objectieve rechtsorde vervangen door een benadering die zich rekenschap tracht te geven van de concrete verhoudingen tussen burgers en bestuurders waarin publiekrechtelijke bevoegdheidsuitoefening hoe dan ook is ingebed.<sup>40</sup>

Daarbij wijst de wetgever bovendien op de ‘voortgaande terugtred’ van de wetgever, die met zich brengt dat het door Loeff gehanteerde beeld van bestuursorganen als de uitvoerders ‘van door de (formele) wetgever gestelde regels’ steeds minder strookt met de bestuursrechtelijke werkelijkheid. Met de toename van ‘beleidsinstrumentele wetgeving’, die reeds in de vroege twintigste eeuw op gang kwam en sindsdien in een stroomversnelling is geraakt, werden aan bestuursorganen steeds meer ‘open bevoegdheden’ verleend, zodat het bestuur over steeds meer ‘manoeuvrerruimte’ kwam te beschikken bij het vaststellen ‘wat in een concreet geval rechtens is’. Niet anders dan voorheen beslist het bestuur uiteindelijk ‘eenzijdig jegens de burger’ wat zijn rechtspositie is, zodat de band tussen bestuursorgaan en burger in dogmatische zin een strikt verticale is. Desalniettemin zou de toegenomen discretionaire ruimte van het bestuur vragen om een ‘andere wijze van besluitvorming’, waarbij meer gewicht moet worden toegekend aan de concrete verhoudingen waarin burgers en bestuursorganen jegens elkaar staan.<sup>41</sup> Anders gezegd: het nieuwe concept van bestuursrechtelijke ‘wederkerigheid’ speelt ook bij de vormgeving van het nieuwe bestuursprocesrecht een belangrijke rol. Daarbij zal de bestuursrechter zich volgens de wetgever niet langer kunnen beperken tot controle volgens het klassieke ‘subsumptiemodel’, waarbij de taak van de rechter beperkt blijft tot abstracte toetsing van besluiten aan algemene normen. In plaats daarvan zal hij zich meer dienen te oriënteren op rechtsverhoudingen tussen concrete *partijen*, die onderling rekening zullen moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. In die zin past hervorming van het bestuursrecht in een bredere tendens van ‘wetstoepassing naar belangenafweging’, die zich eerst in het privaatrecht voltrok en pas de laatste decennia ook doordringt tot het publiekrecht.<sup>42</sup>

In het licht van de nieuwe, deels op ‘wederzijdse rechten en plichten’ geënte oriëntatie van het bestuursprocesrecht werd het voorheen goeddeels ‘objectieve’ stelsel van bestuursrechtspraak bij de inwerkingtreding van de Awb verrijkt met tal van ‘subjectieve’ elementen. Daarbij valt onder meer te denken aan een flinke aanscherping van de ‘omvang van het geding’, waarbij werd bepaald dat de rechter voortaan uitspraak doet ‘op de grondslag van het beroepsschrift, de overgelegde stukken [...] en het onderzoek ter zitting’ en de ‘petita’ van de rechtzoekende derhalve in beginsel niet overschrijdt (art. 8:69 Awb). Daarnaast werden de uitspraakmogelijkheden van de rechter verruimd, waarbij hij in bepaalde gevallen de mogelijkheid kreeg om geheel of gedeeltelijk zelf in de zaak te voorzien, zodat de nadelen van het ‘vernietigen-en-opnieuw-voorzien’ werden teruggedrongen (art. 8:72 Awb). Een belangrijke ‘relativering’ van het oude, op objectieve

40 *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 3, p. 11-13.

41 *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, 3, p. 31.

42 Vgl. o.a. Witteveen 1993, p. 3 e.v.; zie ook Hirsch Ballin 1988, p. 211 e.v.



rechtmatigheid gerichte stelsel was bovendien gelegen in artikel 6:22 Awb, waarin werd bepaald dat aangevallen besluiten ‘ondanks schending van een vormvoorschrift [...] in stand [kunnen] worden gelaten indien blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld’.<sup>43</sup> Aan de objectieve kern van het bestuursprocesrecht werd evenwel vastgehouden. Weliswaar sluit de wetgever een ‘wezenlijk andere benadering’ van het bestuursprocesrecht ‘op termijn’ niet uit. Daarbij denkt hij onder meer aan een verdergaande convergentie tussen bestuursprocesrecht en burgerlijk procesrecht, waarbij niet ‘rechtmatigheidstoetsing ex tunc van een besluit’, maar de ‘rechtsbetrekking ex nunc’ de inzet van de procedure zou worden. Gezien het bescheiden, voornamelijk codificerende en harmoniserende doel van de Awb acht de wetgever het voor een dergelijke rigoureuze koerswijziging evenwel ‘thans nog te vroeg’.<sup>44</sup> Op die manier ontstond een ‘tweepolig’ procesrecht dat duidelijk op twee gedachten hinkt. Enerzijds berusten de subjectiverende elementen op het uitgangspunt dat het stelsel zich primair dient te oriënteren op het rechtsgeschil *inter partes*, waarbij het geschil mede wordt gezien tegen de achtergrond van de concrete verhoudingen waarin de partijen onderling zijn verwickeld. Anderzijds wordt de grondstructuur van het bestuursproces nog steeds bepaald door de rechtmatigheidscontrole van overheidsbesluiten *erga omnes*.<sup>45</sup>

In de laatste jaren wordt die abstracte, op algemene rechtshandhaving gerichte kern van het bestuursprocesrecht steeds vaker beleefd als knellend rudiment; de ooit zo vanzelfsprekende onderliggende logica van die kern lijkt daarbij vaak niet meer goed te worden begrepen. Met name worden steeds vaker vraagtekens gezet bij de handhaving van het besluit als de centrale ‘spil’ van de algemene bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Veel aandacht gaat daarbij uit naar het geringe ‘geschilbeslechtende’ en ‘finaliserende’ vermogen waarvan het bestuursrechtelijke vernietigingsberoep soms getuigt. Zo constateert Allewijn een grote behoefte aan een ‘ander denkmodel’, dat van partijen niet langer vraagt elkaar juridisch te bevechten over de formele band van het besluit, maar primair is toegesneden op het materiële conflict dat hen verdeeld houdt.<sup>46</sup> In de laatste jaren heeft de wetgever verschillende initiatieven ontplooid om aan die behoefte tegemoet te komen. Daarbij kan onder meer worden gewezen op de invoering in 2010 van de ‘bestuurlijke lus’, die voor de rechter de mogelijkheid schept het bestuursorgaan bij wijze van tussenuitspraak in de gelegenheid te stellen ‘een gebrek in het bestreden besluit te herstellen of te laten herstellen’ (art. 8:51a Awb). Ook de in 2013 in werking getreden Wet aanpassing bestuursprocesrecht (Wab) staat voor een belangrijk deel in het teken van

43 Vgl. o.a. het overzicht in Allewijn 2011, p. 48-52.

44 *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, 3, p. 34-35.

45 Vgl. o.a. Schreuder-Vlasblom 2010, p. 411 e.v.

46 Allewijn 2011, p. 107 e.v. Enerzijds dwingt het besluitmodel tot het ‘opknippen’ van het geschil in verschillende delen; anderzijds leidt rechterlijke vernietiging en terugverwijzing naar het bestuur soms tot het alom gehekelde ‘pingpongeffect’ dat veel vertraging veroorzaakt en waarmee geen van de partijen werkelijk iets opschiet. Zie verder o.a. Van Ommeren & Huisman 2013, p. 12-15; De Poorter & De Graaf 2011, p. 93-96; Polak 2000, p. 9 e.v. met verdere verwijzingen.

de versterking van het finaliserende vermogen van het besluitenprocesrecht.<sup>47</sup> Dergelijke initiatieven worden door Allewijn geschaard onder veranderingen ‘binnen de kaders’ van het klassieke besluitenprocesrecht, waarbij wordt getracht de praktische gebreken van het stelsel te verhelpen zonder de objectieve grondstructuur ervan op te geven. Werkelijke oplossingen zouden echter slechts kunnen worden gevonden wanneer men bereid is ook ‘buiten de kaders’ te denken. Daarbij bepleit Allewijn onder andere de toepassing van mediation en het rechterlijke gebruik van aan mediation verwante technieken, zodat het juridische geschil meer in de context komt te staan van het conflict dat eraan ten grondslag ligt.<sup>48</sup> Inmiddels is mediation binnen door het bestuursrecht beheerste verhoudingen sterk in opkomst.<sup>49</sup> Daarnaast wordt binnen de rechterlijke macht druk geëxperimenteerd met de ‘nieuwe zaaksbehandeling’, waarbij de rechter zich niet beperkt tot een strikt juridische benadering van de zaak, maar ook aandacht besteedt aan de sociale en relationele werkelijkheid van het ‘conflict’ dat achter de rechtsstrijd schuil gaat.<sup>50</sup>

#### 4. GRONDSLAGEN VAN BESTUURSRECHT

De voortgaande ontwikkeling van een ‘autonoom’ naar een ‘relationeel’ bestuursrecht wordt in de literatuur wisselend gewaardeerd. Een uitgesproken ‘autonome’ positie wordt onder meer ingenomen door A.Q.C. Tak. De blik van het bestuur dient zich volgens hem steeds uitsluitend te richten op het algemeen belang, dat zich principieel slechts dient te oriënteren op hetgeen jegens de gehele rechtsgemeenschap ‘zo juist mogelijk’ is.<sup>51</sup> Het door Tak bepleite stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming is even abstract. In geen geval dient de rechter zich te mengen in kwesties van ‘beleid’, die door Tak strikt tot de verantwoordelijkheid van de wetgever en het bestuur worden gerekend. In plaats daarvan beperkt hij zich tot de juridische vaststelling van de ‘civil rights and obligations’ van de individuele rechtzoekende, wiens ‘rechtens beschermde belangen’ in beginsel categorisch dienen te worden gewaarborgd.<sup>52</sup> De relationele context van het

47 Voortaan bepaalt artikel 6:22 bijvoorbeeld dat behalve vormelijke ook materiële gebreken aan een besluit zonder consequenties kunnen blijven ‘indien aannemelijk is dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld’. Verwant aan die niet op abstracte rechtmatigheid, maar op concrete belangen georiënteerde benadering is de invoering van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb, dat stelt dat de rechter het bestreden besluit niet vernietigt op grond van een rechtsregel ‘die kennelijk niet strekt’ tot de bescherming van het belang van degene die zich erop beroept. Een opvallend element van de Wab is verder het aan de Awb toegevoegde artikel 8:41a, dat de rechter verplicht het hem voorgelegde geschil ‘zoveel mogelijk definitief’ te beslechten. Op die manier wordt hij voortaan expliciet aangemoedigd bij gegronde verklaring van het beroep het besluit niet alleen ‘kaal’ te vernietigen, maar bovendien gebruik te maken van de uitspraakbevoegdheden die hij daarnaast nog heeft, zodat de betrokkenen eerder weten waar zij materieel aan toe zijn. Zie verder o.a. Schueler 2012 voor een handzaam overzicht en verdere verwijzingen.

48 Allewijn 2011, p. 97-99.

49 Zie o.a. Kramer 2014.

50 Zie o.a. Marseille e.a. 2015.

51 Tak 1990, p. 135. Die abstracte oriëntatie geldt ook voor beslissingen op terreinen die door sommigen tot het ‘tweepartijenbestuursrecht’ worden gerekend, zoals het belastingrecht en het socialezekerheidsrecht. Ook op die terreinen, zo meent Tak, dient de algemene, sterk van concrete verhoudingen abstraherende ‘verdelende rechtvaardigheid’ het enige richtsnoer te zijn. Tak 1998, p. 9-10; vgl. o.a. Schreuder-Vlasblom 2010, p. 413.

52 Tak 1990, p. 136.

bestuursrechtelijke geschil blijft op die manier bewust onbelicht. Liever oriënteert Tak zich op de abstracte beginselen van ‘democratie’ en ‘individuele rechtsbescherming’ als de centrale elementen van de ‘moderne rechtsstaat’. Democratie vereist volgens hem een ‘directe gezagslijn’ tussen in wetten neergelegde ‘volkswil’ en het bestuur, dat zijn beslissingen nooit neemt jegens particuliere rechtssubjecten maar altijd ‘jegens allen’ (*erga omnes*). Het even essentiële ‘rechtsbeschermingsaspect’ voert hij terug op de ‘totale autonomie van ieder mens’, slechts begrensd door ‘de totale autonomie van ieder ander’. Elke juridische gebondenheid van burgers jegens het bestuur op grond van ‘glibberige’ ongeschreven behoorlijkeheidsnormen wijst Tak af als ‘totalitair’ en als ‘wezensvreemd aan de liberale westerse traditie’.<sup>53</sup> Daarmee sluit hij zich nadrukkelijk aan bij het verlichte contractsdenken van filosofen als Kant, die menen dat de uitoefening van staatsmacht steeds ten opzichte van elk afzonderlijk individu op rationele wijze moet kunnen worden gelegitimeerd.<sup>54</sup>

Een andere visie op de staat en het recht komt onder meer naar voren in het werk van Hirsch Ballin, volgens wie de liberale bestuursrechtelijke theorie van Tak en anderen behoort tot een ‘vroegere laag’<sup>55</sup> van rechtsstatelijk denken die hij als ‘vergaand obsoleet’ beschouwt.<sup>56</sup> Het ‘misverstand’ van het liberale paradigma is volgens Hirsch Ballin onder andere gelegen in de herleiding van menselijke vrijheid tot autonome ‘willekeur’ en niet tot ‘zelfverwezenlijking’ van het individu in zijn natuurlijke verhouding tot andere individuen. In Hirsch Ballins analyse komt de mens niet ‘ondanks, maar juist door het gemeenschapsleven’ tot ware vrijheid, omdat hij zijn menselijkheid alleen zou kunnen ontvouwen in verhouding tot anderen. Daarbij denkt hij in de eerste plaats aan verhoudingen met anderen binnen private kringen als ‘de bedrijfsgemeenschap, de religieuze gemeenschap en de familiekring’, maar uiteindelijk ook aan een gemeenschapsleven binnen een pluriforme staat die als overkoepelend geheel functioneert.<sup>57</sup> Werkelijke vrijheid voltrekt zich volgens Hirsch Ballin per definitie in een gelaagde ‘gemeenschap van personen’ waarin de mens zich in het ‘samen-zijn met andere vrije subjecten’ als individu kan verwezenlijken. Dergelijke zelfverwezenlijking in verbondenheid met anderen is volgens Hirsch Ballin niets minder dan de ‘voor-positieve zin van alle recht, die met de mens gegeven is’.<sup>58</sup> De liberale rechtsstaat beschermt het individu weliswaar tegen willekeurige overheidsbemoeien, maar erkent hem niet werkelijk in zijn ‘persoon-zijn’, dat naar zijn opvatting ‘samen-zijn’ en ‘verbondenheid’ met anderen impliceert. Daarmee beschouwt Hirsch Ballin de mens met Aristoteles als ‘politek wezen’ (*dzōion politikon*), dat wil zeggen, als gemeenschapswezen dat alleen volwaardig kan bestaan bij de gratie van bestendige private en publieke verhoudingen met anderen.<sup>59</sup>

Aan dat filosofische uitgangspunt verbindt Hirsch Ballin vergaande bestuursrechtelijke consequenties. Ten eerste stelt hij dat de bevoegdheid van de overheid om ‘burgers te

53 Tak 2008a, p. 128.

54 Vgl. o.a. Waldron 1987, p. 132.

55 Hirsch Ballin 1989, p. 2.

56 Hirsch Ballin 1991c, p. 252.

57 Hirsch Ballin 1991a, p. 14.

58 Hirsch Ballin 1991a, p. 10-11.

59 Hirsch Ballin 1991b, p. 76-77.

binden' niet alleen aan de randen wordt begrensd door het beginsel van democratie, maar integraal wordt beperkt door hogere intersubjectieve beginselen die aan alle positieve rechten grondslag zouden liggen. Van een bestuurlijke 'discretionaire ruimte' als een soort 'juridisch vacuüm' kan volgens Hirsch Ballin nooit sprake zijn. Andersom impliceert zijn intersubjectieve visie op de staat en het recht dat het individu reeds van nature bepaalde rechtsplichten heeft jegens anderen. Dat betekent onder andere dat het legaliteitsbeginsel hem niet in absolute zin vrijwaart van juridisch afdwingbare verantwoordelijkheden jegens de statelijke gemeenschap en de overheid als haar vertegenwoordiger. Met andere woorden: tussen burgers en bestuursorganen bestaat een voorpositieve wederkerige juridische betrokkenheid die voor beide partijen bepaalde rechten, maar ook plichten met zich brengt.<sup>60</sup> In een 'ontwikkelde rechtsstaat' schiet een benadering van het bestuursrecht waarbij 'eenzijdig de aandacht wordt gericht' op het abstracte algemene belang en individuele rechten daarom tekort. In plaats daarvan bepleit Hirsch Ballin een model van 'rechtsstatelijk bestuursrecht' dat het handelen van burgers en bestuursorganen nadrukkelijk wenst te bezien in zijn bredere sociale en maatschappelijke context. Daarbij zou het een voorbeeld moeten nemen aan de relationele ontwikkeling van het privaatrecht, waarvan het niet fundamenteel gescheiden is, maar waarmee het een continuüm zou vormen.<sup>61</sup>

Reeds een vrij oppervlakkige beschouwing van de ideeën van Tak en Hirsch Ballin laat zien dat hun opvattingen over bestuursrecht en bestuursprocesrecht niet op zichzelf staan, maar berusten op fundamentele vooronderstellingen en overtuigingen over recht en rechtspraak die hun verschillende visies in de kern bepalen. In enigszins verholde vorm gaat dat evenzeer op voor allerlei benaderingen die op het eerste gezicht meer pragmatisch van aard zijn. Daarbij kan onder meer worden gedacht aan de rechtsopvatting van Scheltema, die anders dan de theorie van Hirsch Ballin niet geënt is op filosofische noties als de aristotelische 'billijkheid' in het concrete geval, maar zich veeleer oriënteert op de bredere maatschappelijke verhoudingen waarin het bestuursrecht is ingebed. Vanouds wordt volgens Scheltema onder bestuursrechtjuristen te veel miskend dat een 'bevredigend bestuursrecht' niet alleen zorg draagt voor rechtsbescherming *tegen* de overheid, maar vooral in het teken staat van doeltreffend optreden *door* de overheid.<sup>62</sup> Tussen de functies van het bestuursrecht als *instrument* enerzijds en *waarborg* anderzijds bestaat volgens Scheltema geen werkelijke tegenstelling; beide functies maken in zijn ogen deel uit van het beginsel van de 'dienende overheid' dat voorschrijft dat het bestuursrecht er is ter behartiging van de belangen van burgers en niet andersom.<sup>63</sup> Van de 'autonome' idee van een 'geheimzinnig overwicht' van individuele *rechten* boven de optelsom van sociale *belangen* is in Scheltema's theorie niet expliciet sprake.<sup>64</sup> Zijn pleidooi voor de 'wederkerige rechtsbetrekking' als 'essentieel leerstuk voor het bestuursrecht'<sup>65</sup> volgt

---

60 Hirsch Ballin 1983, p. 53 e.v.

61 Hirsch Ballin 1989, p. 4.

62 Scheltema 1996, p. 1356.

63 Scheltema 1989, p. 20-22.

64 Zie voor een dergelijk overwicht o.a. Rawls 1999 [1971], p. 24-25.

65 Scheltema 2008, p. 207.

veeleer een functionalistische logica die in de maatschappelijke *werking* van het recht haar voornaamste richtsnoer ziet.<sup>66</sup>

De wezenlijke rol ervan ten spijt zijn de diepere, al dan niet expliciet gehanteerde opvattingen en overtuigingen die aan ideeënvorming over het bestuursrecht ten grondslag liggen zelden onderwerp van debat. Een uitzondering is wellicht de discussie die oplaaide na de verschijning van de bundel ‘Eenzijdig en wederkerig?’, waarin een aantal auteurs uit de ‘Maastrichtse school’ rondom Tak een frontale aanval lanceerde op de wederkerige rechtsbetrekking als voornaam ‘rechtstheoretisch structuurconcept’ van de destijds recent in werking getreden Awb.<sup>67</sup> Kort gezegd hield hun kritiek in dat bestuursrechtelijke wederkerigheid berust op een ‘begripsmatige convergentie’ tussen publiek- en privaatrecht die met ‘ware rechtsstatelijkheid’ onverenigbaar is. De aanvaarding van ongeschreven juridische plichten van burgers jegens overheden zou een ernstige inbreuk betekenen op het ‘typisch publiekrechtelijke’ beginsel van de ‘wetmatigheid van bestuur’, dat erop neerkomt dat de burger jegens de overheid alles mag voor zover een voldoende specifieke wettelijke regel er niet aan in de weg staat, terwijl het bestuur alleen *erga omnes* handelt op grond van een voorafgaande wettelijke bevoegdheid. Van een meerzijdige juridische *verhouding*, zoals in het privaatrecht, is in het publiekrecht dus nooit sprake. Voor zover het publiekrecht überhaupt verhoudingen kent, zou het zaak zijn de verticale aard daarvan te onderkennen, waarbij de almacht van het bestuur *binnen* zijn bevoegdheden wordt gecompenseerd door een categorisch verbod aan datzelfde bestuur om daarbuiten te treden.<sup>68</sup>

Het door de ‘Maastrichtenaren’ gedebiteerde ‘autonome’ rechtsdenken heeft in het bestuursrechtelijke discours slechts beperkt ingang gevonden. Desalniettemin worden hun bezwaren tegen het bestuursrechtelijke wederkerigheidsconcept breed gedeeld. Daarbij wordt dikwijls gewezen op de mogelijkheid van het bestuur om rechtsposities van burgers eenzijdig te bepalen en zo nodig ook dwang toe te passen; op grond daarvan zou tussen publiek- en privaatrechtelijke verhoudingen een fundamenteel onderscheid bestaan dat in een op ‘wederkerige’ leest geschoeid bestuursrecht onvoldoende tot uiting komt.<sup>69</sup> Daarnaast wordt achter de idee van een ‘wederkerig bestuursrecht’ vaak een verhuld instrumentalisme vermoed. Zo ontwaart De Haan in het wederkerigheidsdenken niet alleen ‘een sterk verlate herinnering aan de feodaliteit’, maar ook een retorisch vehikel ter maskering van een bestuurlijk opportunisme dat slechts is gericht op de verwezenlijking van allerlei bovenindividuele maatschappelijke doelen.<sup>70</sup> Op grond van dergelijke overwegingen tekende zich in de late jaren negentig onder bestuursrechtjuristen een ‘nagenoeg unanieme’ weerstand af tegen het betrekkingdenken, zodat de wederkerigheidsdiscussie uiteindelijk verstomde.<sup>71</sup> De ‘stille dood’ van het wederkerigheidsdebat weerhield het bestuursrecht er intussen niet van zich in de praktijk wel degelijk op ‘wederkerige’, zij het

66 Zie verder o.a. Bröring 1997, p. 25 e.v.

67 Van der Linden & Tak (red.) 1995.

68 Zie met name Teunissen 1995, p. 277 e.v.

69 Zie o.a. De Poorter & De Graaf 2011, p. 99-100; vgl. ook Schlössels & Zijlstra 2010, p. 48-50 met verdere verwijzingen.

70 De Haan 1999, p. 22-23.

71 Backes & Jansen 2010, p. 79.

niet per se ook ‘horizontaliserende’ wijze te ontwikkelen.<sup>72</sup> De verschuiving van het stelsel van bestuursrechtspraak van een primair op de zuiverheid van de abstracte rechtsorde gericht *recours objectif* in de richting van een *recours subjectif* dat rechten en bevoegdheden voortaan nadrukkelijk in hun relationele context situeert is daarvan een goed voorbeeld. Op een dieper niveau schuilt achter deze ontwikkeling immers een verschuiving van een ‘autonoom’, op de zelfbeschikking van vrije individuen gegrondvest model van publiekrecht naar een ‘relationeel’ model waarin niet alleen het privaat-, maar ook het publiekrecht wordt begrepen als een stelsel dat uiteindelijk berust op intersubjectieve verbondenheid.

Het voortijdige einde van de wederkerigheidsdiscussie verklaart wellicht voor een deel waarom de bestuursrechtelijke theorievorming geen gelijke tred houdt met de ontwikkeling van het bestuursrecht in de praktijk. In de discussie over de relationele ontwikkeling van het bestuursrecht overwegen pragmatische argumenten; meer fundamentele beschouwingen, zoals die van Tak en Hirsch Ballin, zijn uiterst schaars. Een uitzondering is onder meer een rede uit 2007 waarin Ten Berge zich kritisch uitlaat over de subjectivering van de bestuursrechtspraak als een van de ‘zwaarste vruchten’ van de ‘operatie wederkerigheid’ die in de literatuur en wetsgeschiedenis wordt voorzien van een zoetsappig ‘bestuursrechttheoretisch sausje’ maar in feite een forse ‘complicering van de rechtspositie van de burger’ inhoudt. Zijn kritiek richt zich daarbij vooral op de ‘soms nauwelijks te dragen’ en veelal ongeschreven ‘verplichtingen en verantwoordelijkheden’ die in het gesubjectiveerde bestuursrecht en bestuursprocesrecht ‘op de schouders van burgers’ zouden worden gelegd. Op het vernieuwde bestuursrecht zou zo een ‘vermogensrechtelijk stempel’ rusten dat in het publiekrecht niet thuishoort. Overigens is een meer ‘wederkerige’ invulling van de verhouding tussen burger en overheid ook volgens Ten Berge onvermijdelijk. Dat betekent echter niet dat het bestuursrecht ‘een privaatrechtelijk denkmodel’ zou moeten overnemen. In plaats daarvan pleit Ten Berge voor een wederkerigheidsconcept dat niet onveranderd vanuit het privaatrecht in het bestuursrecht is geïncorporeerd, maar een specifiek bestuursrechtelijk karakter draagt dat recht doet aan de ‘eigen aard’ van publiekrechtelijke verhoudingen.<sup>73</sup>

## 5. ‘TRANSFORMATIONSDRUCK’

Aan Ten Berges oproep tot de ontwikkeling van een eigen, van het privaatrecht onderscheiden publiekrechtelijke wederkerigheidsnotie is nog nauwelijks gehoor gegeven. Bij gebrek aan theoretische reflectie wordt de hervorming van het bestuursprocesrecht intussen vooral gevoed door de noden van de praktijk, waarbij niet alleen van de kant van de wetgever, maar vooral ook ‘van onderop’ allerlei initiatieven worden ontplooid om tot verbeteringen te komen. De ‘nieuwe zaaksbehandeling’, die tot stand kwam op initiatief van enkele rechtbanken en inmiddels algemeen is ingevoerd, is daarvan een goed voorbeeld.<sup>74</sup> In de rechtswetenschap wordt dit veranderingsproces nauwkeurig

<sup>72</sup> Vgl o.a. Kloosterman 2005, p. 209 e.v.; Ten Berge 2007, p. 20 e.v.; Backes & Jansen 2010, p. 75 e.v.

<sup>73</sup> Ten Berge 2007, p. 20-26.

<sup>74</sup> Zie o.a. Verburg & Schueler 2014.



gedocumenteerd, waarbij velen hardop meedenken over de wijze waarop de in de praktijk ervaren problemen het beste zouden kunnen worden opgelost. Wat tot nog toe evenwel ontbreekt is een fundamentele herbezinning op de grondslagen van het stelsel zelf. Op die manier blijft onderbelicht dat de nieuwe oriëntatie van het bestuursprocesrecht niet alleen dient te worden begrepen als antwoord op praktische problemen, maar ook als een fundamentele verschuiving in het samenstel van waarden en uitgangspunten die aan het publiekrecht ten grondslag liggen. Een juist begrip van die verschuiving is uiteindelijk ook van groot praktisch belang. Een bestuursrechtswetenschap die zich slechts richt op haar ‘gerichtliche Praxis und ihre konkrete Probleme’, schrijft Von Bogdandy, schiet uiteindelijk tekort. Daarbij signaleert Von Bogdandy dat het bestuursrecht zich overal in Europa in een moeilijke overgangsfase bevindt, waarbij de veranderende sociale context en de internationalisering van het recht een aanzienlijke ‘Transformationsdruck’ op de nationale rechtsorde legt die tot diepere reflectie noopt. Een herbezinning op de fundamenteën van het bestuursrecht zelf, op de ‘Logik seiner Praxis’, is uiteindelijk nodig om de veranderingen in het stelsel te doorgronden en richting te geven, zodat uiteindelijk een gebalanceerd systeem ontstaat dat kan beklijven.<sup>75</sup>

Anders dan in Nederland staan de diepere grondslagen van het bestuursrecht en bestuursprocesrecht in Duitsland al sinds de late jaren tachtig in het hart van de juridische belangstelling. In die periode groeide zowel in de praktijk als in de bestuursrechtswetenschap het inzicht dat de klassieke ‘autonome’ oriëntatie van het bestuursrecht niet langer voldoet en hervormingen langs ‘relationele’ lijnen derhalve nodig zijn om beter tegemoet te komen aan de noden van de praktijk. De naoorlogse nadruk op algemene rechtshandhaving en categorische rechtsbescherming kwam op die manier steeds meer onder druk te staan. In de discussie die daaromtrent ontstond ontsnapten de ‘Grundlagen des Verwaltungsrechts’ bepaald niet aan de aandacht.<sup>76</sup> Ook meer recent staan de grondslagen van het bestuursrecht volop in de belangstelling. De transitie van een ‘autonoom’ naar een meer ‘relationeel’ bestuursrecht is daarbij nog altijd het centrale punt van aandacht. Aanvankelijk, zo schrijft Voßkuhle bijvoorbeeld, werd het bestuursrecht gekenmerkt door een ‘rechtsaktbezogene Betrachtungsweise’ die er vooral toe diende ‘das Handeln der öffentlichen Verwaltung dauerhaft an das demokratisch legitimierte Gesetz zu binden’.<sup>77</sup> De ‘Eingrenzung und Kontrolle administrativer Entscheidungsspielräume’ was daarbij het centrale uitgangspunt, zodat nauwelijks acht werd geslagen op de relationele context waarbinnen overheidsbevoegdheden worden uitgeoefend.<sup>78</sup> Intussen ging de transformatie van de ‘klassieke rechtsstaat’ naar de ‘sociale rechtsstaat’ gepaard met een sterke vermaatschappelijking van het bestuur, waarbij overheden steeds vaker opereren op grond van open bevoegdheden.<sup>79</sup> Aan de andere kant vonden allerlei sociaal-

75 Von Bogdandy 2011, p. 4-6.

76 Zie o.a. Voßkuhle 2007, p. 89 e.v. Tot de tastbare resultaten van het debat behoort bijvoorbeeld een serie van tien volumineuze banden waarin de theoretische uitgangspunten van het Duitse bestuursrecht op uitputtende wijze worden onderzocht; zie Schmidt-Aßmann & Hoffmann-Riem 1993-2004. Deels onder redactie van dezelfde auteurs verscheen meer recent verscheen bij Beck een prestigieuze driedelige uitgave waarin de grondslagen van het bestuursrecht opnieuw het centrale onderwerp zijn (Hoffmann-Riem e.a. 2012).

77 Voßkuhle 2012, p. 5.

78 Voßkuhle 2012, p. 7.

79 Vgl. o.a. WRR 2002, p. 89 e.v.

culturele veranderingen plaats waardoor burgers en andere private actoren zich steeds minder schikten in een onderdanige rol en zich voortaan vaker opstelden als veeleisende ‘consument’ of ‘samenwerkingspartner’ bij het voeren van beleid. Uiteindelijk, zo schrijft Voßkuhle treffend, was het bestuursrecht als ‘autonoom’ ‘Ordnungsrecht’ niet langer in staat ‘diese soziologischen Befunde unter Hinweis nach dem Vorrang des Gesetzes einfach zu ignorieren’.<sup>80</sup>

Met andere woorden: de werkelijkheid van het recht legt een ‘Transformationsdruck’ op het ‘autonome’ bestuursrecht die hoe dan ook ‘relationele’ hervormingen vereist. Burgers werpen zich niet langer op als ‘onderdaan’ of ‘burger’, maar steeds nadrukkelijker als ‘klant’ of ‘coproducent van beleid’. Intussen vertrouwt de overheid steeds meer op ‘publiek-private samenwerking’ en transformeert zij ook zelf steeds meer tot private partij, zodat het onderscheid tussen private en publieke partijen in materiële zin sterk vervaagt.<sup>81</sup> Een recente, sterk ‘horizontaliserende’ ontwikkeling is de opkomst van de ‘participatiesamenleving’, die ‘klassiek-hiërarchische’ verhoudingen tussen burgers en bestuursorganen wenst in te wisselen voor een actief burgerschapsideaal dat meer dan voorheen appelleert aan de eigen verantwoordelijkheid en zelfredzaamheid van individuele burgers.<sup>82</sup> De verhouding tussen burger en bestuur bevat op die manier steeds meer ‘horizontale’ elementen, terwijl de dogmatiek van het bestuursrecht van oudsher op een meer ‘verticale’ leest is geschoeid.<sup>83</sup> Ook de internationalisering van het recht speelt bij die horizontalisering een rol. Nu de klassieke natiestaat steeds nadrukkelijker is ingebed in een internationale rechtsorde en de externe soevereiniteit van de staat onder druk is komen te staan is ook zijn interne verhevenheid boven andere actoren steeds minder vanzelfsprekend. Zelfs wie principieel gehecht is aan de klassieke idee van bestuursrecht als verticaal orderingsrecht kan deze ‘horizontaliserende’ ontwikkelingen niet zomaar naast zich neer leggen. Het bestuursrecht functioneert immers niet in een theoretisch vacuüm, maar is voortdurend in wisselwerking met de sociale werkelijkheid waarin het is ingebed. Het oude, op ‘autonome’ idealen geënte stelsel voldoet niet meer, omdat het zich geen rekenschap geeft van de veranderde maatschappelijke context waaraan het zich niet kan onttrekken. Een ‘relationele’ wending van het stelsel is daarom onvermijdelijk.

In een fundamentele studie over de ‘Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht’ stemt Masing daarmee in. Handhaving van de abstracte rechtsorde en categorische bescherming van daarvan afgeleide individuele rechten kan ook volgens hem niet langer het ‘Dreh- und Angelpunkt der gesamten Konstruktion des Verwaltungsrechts’ zijn. In toenemende mate is vereist dat het bestuursrecht zich niet langer uitsluitend richt op de ‘Entfaltung der verwaltungsrechtlichen Schutzmechanismen’, maar daarnaast ook op de ‘Erfassung übergreifender Wirkungszusammenhänge’. De staat, zo meent hij, dient niet langer te worden voorgesteld als een verzameling van losse individuen, maar als een netwerk van onderling verbonden ‘Akteuren mit unterschiedlichem Gemeinwohlbezug’. De kernvraag van het hedendaagse bestuursrecht is daarom volgens hem hoe het meer op zijn relationele en bredere maatschappelijke context kan worden toegesneden zonder de

80 Voßkuhle 2012, p. 10.

81 Voßkuhle 2012, p. 12; zie ook WRR 2002, p. 89 e.v.

82 Zie o.a. Putters 2014.

83 Zie o.a. Hirsch Ballin 2015a, p. 29 e.v.



‘aufklärerisch-idealistische Tradition von der Freiheit des Subjekts’ geheel op te geven.<sup>84</sup> Die analyse wordt onder meer bevestigd door Schmidt-Aßmann, die schrijft dat het bestuursrecht zich in relationele zin dient te hervormen maar daarbij de verlichte notie van de ‘vorausgesetzte [...] Subjektstellung des Menschen’ als centrale grondslag van de moderne rechtsstaat niet mag vergeten.<sup>85</sup> De idee van een wederkerige ‘Verwaltungsrechtsverhältnis’ is daarbij een belangrijk aanknopingspunt. Anders dan het autonome recht, dat uitgaat van algemene regels en autonome individuen, is de betrekkingssleer ‘situationsbestimmt’, waarbij wordt uitgegaan van voorpositieve ‘Beziehungen der Akteure zueinander’. De betrekkingssleer nodigt uit tot een ‘Gesamtbetrachtung des erfaßten Lebenssachverhalts’, zodat het juridische blikveld zich meer dan voorheen uitstrekt tot de complexiteit van het werkelijke leven.<sup>86</sup> Daarbij pleit Masing onder meer voor de contextualisering van rechten en bevoegdheden binnen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking als ‘dauerhafte und komplexe’ verhouding die over en weer bepaalde ‘ungeschriebene Pflichten’ in het leven roept.<sup>87</sup> In geen geval dient de betrekkingssleer in het publiekrecht evenwel een ‘Gegenseitigkeit und Konnexität’ van rechten en plichten in te houden zoals we die kennen als theoretisch uitgangspunt in het privaatrecht.<sup>88</sup> Voor zover zij ‘Gleichordnung’ van publieke en private partijen wil vestigen, wijzen Masing en Schmidt- Aßmann de betrekkingssleer stellig af.<sup>89</sup>

## 6. PROBLEEMSTELLING

De centrale vraag die Masing en Schmidt- Aßmann aldus identificeren is hoe het traditioneel voornamelijk ‘autonome’ bestuursrecht in ‘relationele’ zin kan worden hervormd zonder het verlichte, aan het klassieke stelsel ten grondslag liggende ideaal van autonome vrijheid zomaar op te geven. Toegepast op het Nederlandse stelsel van bestuursrecht en bestuursprocesrecht vraagt die probleemstelling ten eerste om een juist begrip van de overwegend ‘objectieve’ oriëntatie van bestuursrechtspraak zoals die werd bepleit door Loeff en later beslag kreeg in de Wet Bab en de Wet Arob. Anders dan de Baron van Münchhausen is het Nederlandse bestuursrecht niet in staat gebleken zich aan zijn eigen haren uit het moeras omhoog te trekken. Daarom is het hoog tijd ook de grondbegrippen van het ‘rechtsstatelijk bestuursrecht’ zelf opnieuw te doordenken. Op grond van welke uitgangspunten verkreeg het klassieke stelsel zijn ‘autonome’, strikt ‘verticale’ en op het onverdeelde algemene belang gerichte oriëntatie? In hoeverre vallen die uitgangspunten ook heden ten dage nog te onderschrijven? Daarnaast dient inzicht te worden verkregen in de mogelijke fundamente van een ‘responsief’, meer ‘relationeel’ bestuursrecht dat recht doet aan de ‘veranderingsdruk’ die het klassieke stelsel in toenemende mate onhoudbaar maakt. Hoe zou eventueel vorm kunnen worden gegeven aan een stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid dat enerzijds tegemoet komt aan

84 Masing 2012, p. 440-443.

85 Schmidt-Aßmann 2004, p. 18-19.

86 Schmidt-Aßmann 2004, p. 301-302.

87 Masing 2012, p. 504.

88 Schmidt-Aßmann 2004, p. 303-304.

89 Masing 2012, p. 505.

de ‘gehorizontaliseerde’ en ‘gefragmentariseerde’ sociale en institutionele werkelijkheid van het publiekrecht maar anderzijds recht blijft doen aan wat wel wordt beschouwd als de ‘eigen aard’ van publiekrechtelijke verhoudingen?

## 7. METHODE

Ter beantwoording van dergelijke vragen is het nuttig het stelsel van bestuursrechtspraak niet alleen in zijn interne samenhang te beschouwen, maar het tevens te bezien in zijn bredere intellectuele, sociaal-maatschappelijke en –culturele context. Meer dan gebruikelijk in bestuursrechtelijke literatuur kies ik daarbij voor rechtsfilosofische, politiek-theoretische en ideeënhistorische benaderingen. Het bestuursprocesrecht is geen op zichzelf staand systeem, maar een sociale praktijk die onlosmakelijk is verknoopt met allerlei opvattingen en vooronderstellingen over de staat en het recht die ons vanuit het verleden worden aangereikt. Naar Van der Hoeven terecht schrijft is het een ‘misverstand, te menen dat recht en rechtsopvattingen kunnen verdwijnen zonder sporen, en vaak diepe sporen, na te laten in het denken van volgende generaties’, zelfs wanneer die generaties zich van die sporen zelf soms niet bewust zijn.<sup>90</sup> In de tijd van Loeff stond de bredere intellectuele context van het bestuursrecht nog volop in de belangstelling, waarbij vooral de Duitse filosofie en rechtstheorie op de voorgrond stonden. Tegenwoordig is de filosofische en ideeënhistorische dimensie van het bestuursrecht enigszins naar de achtergrond gedrongen. Dat wil echter niet zeggen dat zij aan belang heeft ingeboet. Een eigen identiteit ten opzichte van de sociale en de exacte wetenschappen, die zich in de eerste plaats richten op het beschrijven en verklaren van het ‘Sein’, heeft de rechtsgeleerdheid in haar oriëntatie op het ‘Sollen’, dat wil zeggen, op de ‘normatieve vraag van het behoren’.<sup>91</sup> De sprong van feiten naar normen blijft altijd een normatieve, zodat rechtsfilosofisch, ‘value based’ onderzoek voor de rechtsgeleerdheid hoe dan ook cruciaal is.<sup>92</sup>

Bij dergelijk ‘value based’ onderzoek kan de ideeënhistorische benadering van het recht een belangrijke rol vervullen. Ergens heeft zij wel iets weg van de archeologie, waarbij de ‘verborgen fundamenteën’ van het heden worden blootgelegd en vatbaar worden gemaakt voor discussie en kritische reflectie. De ideeënhistoricus, schrijft Skinner, is een schatgraver, ‘bringing buried intellectual treasure back to the surface, dusting it down and enabling us to see what we think of it’.<sup>93</sup> De juridische kaders waarbinnen wij redeneren lijken soms vanzelf te spreken, maar worden in feite bepaald door een contingente rechtscultuur die zich in het verleden heeft gevormd. Juist wie geïnteresseerd is in de toekomst van het recht kan om de wortels ervan in het verleden nauwelijks heen.<sup>94</sup> Welbeschouwd behoren die wortels ook helemaal niet tot het verleden. ‘The past is never dead’, schrijft William Faulkner terecht; ‘it’s not even past’.<sup>95</sup> Voor zover dit proefschrift rechts- en ideeënhistorisch van aard is, heeft dat met belangstelling voor het *verleden*

90 Van der Hoeven 1989, p. 21.

91 Smits 2015, p. 71.

92 Vgl. o.a. Van Klink & Poort 2013.

93 Skinner 1998, p. 112, onder verwijzing naar M. Foucault, *L’archéologie du savoir*, Parijs: Gallimard 1969.

94 Vgl. o.a. Van den Berge e.a. 2014, p. xv e.v.

95 W. Faulkner, *Requiem for a nun*, New York: Random House 1951, p. 173.

dus slecht zeer zijdelings te maken. Voorop staat de behoefte te verhelderen waar het bestuursrechtelijke discours *vandaag* over gaat en hoe het stelsel van bestuursrechtspraak zich in de *toekomst* zou moeten ontwikkelen.

Naast de ideeënhistorische zijn in dit proefschrift ook sociologische, politiek-theoretische en filosofische benaderingen van belang. De transitiefase waarin het bestuursrecht zich bevindt wordt voor een belangrijk deel voortgedreven door sociale en institutionele ontwikkelingen die zich zonder de sociologie en de politieke theorie niet laten begrijpen. Bovendien roept dat proces allerlei principiële en normatieve vragen op die alleen vanuit een filosofisch perspectief op een zinvolle wijze kunnen worden uitgediept. Daarom ga ik in dit onderzoek uit van een ‘empirisch-normatieve’ benadering van het recht die zich rekenschap geeft van de sociale bepaaldheid van het recht zonder uit empirische feiten meteen normatieve standpunten te destilleren.<sup>96</sup> In zijn meesterwerk over de rechtsfilosofie uit 1820 schreef Hegel al dat de rechtswetenschap zich dient te richten op de ‘Idee des Rechts’, begrepen als de synthese uit het abstracte, van de feiten losstaande ‘Begriff des Rechts’ enerzijds en zijn concrete ‘Verwirklichung zum Gegenstande’ anderzijds.<sup>97</sup> Een benadering die een van die twee elementen veronachtzaamt, schiet tekort in haar eenzijdigheid.

## 8. PLAN VAN BEHANDELING

Dit proefschrift bestaat uit drie delen. Het eerste deel is vooral rechtsfilosofisch en -historisch van aard. Het tweede deel heeft een meer juridisch-dogmatisch karakter, waarbij de ontwikkeling van het bestuursrecht bovendien in haar sociale en maatschappelijke context wordt geplaatst. Het derde deel, ten slotte, onderzoekt hoe de spanning tussen ‘autonome’ en ‘relationele’ visies op het publiekrecht zich vertaalt in verschillende meer concrete discussies over bestuursrechtelijke problemen.

### *Deel I: ‘Staat tussen autonomie en verhouding’*

In het eerste deel worden eerst de filosofische en ideeënhistorische grondslagen van de ‘autonome’ en ‘relationele’ tradities onderzocht; het culmineert in een nieuwe interpretatie van de vermaarde polemiek tussen Loeff en Struycken over de wenselijkheid van onafhankelijke bestuursrechtspraak. Vanuit welke intellectuele traditie hebben ‘autonome’ opvattingen van de staat en het recht zich gevestigd in het huidige juridische discours? Welke ‘relationele’ visies op het publiekrecht staan daartegenover? Axel Honneth schrijft aan ‘autonome’ denkers als Rousseau en Kant ernstige sociale ‘Fehlentwicklungen’ en andere ‘Störungen’ toe die hij beoogt te verhelpen zonder te tornen aan de ‘Subjektstellung’ van het individu als meest essentiële ‘autonome’ verworvenheid.<sup>98</sup> In de rechtsfilosofie van Hegel vindt Honneth enkele belangrijke aanknopingspunten voor een therapie waarmee de door hem onderscheiden ‘Pathologien der Vernunft’ kunnen worden genezen zonder de waardevolle elementen van het ‘autonome’ denken op te geven. Honneths analyse

<sup>96</sup> Vgl. Smits 2015, p. 112 e.v.

<sup>97</sup> Hegel, *PhR* I.

<sup>98</sup> Honneth 2011, p. 157 e.v.

is in die zin verwant aan de aanval van Struycken op Loeffs 'autonome' model van bestuursrechtspraak, dat volgens Struycken geen recht doet aan de sociale werkelijkheid en daardoor een verstorende invloed heeft op het maatschappelijk leven, terwijl de 'autonome' waarden die het propageert ook binnen een meer 'relationeel' vormgegeven stelsel gewaarborgd kunnen worden. Zijn Struyckens inzichten ook voor de huidige rechtsontwikkeling nog bruikbaar? Kan het recht in 'relationele' zin worden hervormd zonder afbreuk te doen aan essentiële 'autonome' verworvenheden, zoals Honneth en Struycken beiden menen? Of zijn 'relationele' hervormingen zonder ontoelaatbare afbreuk aan 'autonome' waarden onmogelijk?

### *Deel 2: 'Recht tussen autonomie en verhouding'*

Het tweede deel van dit proefschrift onderzoekt hoe, respectievelijk, de 'relationele' en de 'autonome' opvattingen van publiekrecht zich in de bestuursrechtelijke doctrine hebben gevestigd. Daarbij geeft het met name een analyse van de 'relationele' wending die zich de laatste jaren in de bestuursrechtelijke theorie heeft afgetekend. Daarbij zal ik onder andere betogen dat de moderne ideeënvorming over het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht voor de identiteit van het bestuursrecht en bestuursprocesrecht cruciaal is. Waar 'unitariërs' zoals Hirsch Ballin vooral de eenheid van het publiek- en privaatrecht benadrukken, gaan 'separatisten' zoals Tak en zijn navolgers uit van een fundamentele 'gespletenheid' tussen publiek- en privaatrecht die constitutief is voor de moderne rechtsstaat.<sup>99</sup> De verdeeldheid over de 'wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking' hangt met dat verschil van inzicht nauw samen. Voorstanders van wederkerigheid zien in de relationele ontwikkeling van het bestuursprocesrecht een welkom einde aan een 'obsolete' theorie die tussen publiek- en privaatrecht een scherpe grenslijn veronderstelt. Tegenstanders, zoals Tak, zijn juist bevreesd voor de voortgaande 'privatisering' van de bestuursrechtspraak die van het verlichte autonome ideaal van de 'subjectstelling' van elk afzonderlijk individu niets heel laat. In zijn 'autonome', sterk van de relationele context afgewende eenzijdigheid schiet Taks visie mijns inziens tekort. Dat neemt niet weg dat zijn kritiek op de wederkerige ontwikkeling van het bestuursrecht waardevolle elementen bevat die meer erkenning verdienen dan zij tot dusver hebben ontvangen.

### *Deel 3: Besluit, relativiteit, evenredigheid en trias politica*

Het derde deel, ten slotte, past de in de eerste twee delen verworven inzichten eerst toe op de discussie over de centrale procesrechtelijke positie van het besluitbegrip. Met de 'relationele wending' van het bestuursrecht is de klassieke spilfunctie van het besluit onder hevige druk komen te staan. Terwijl de centrale positie van het besluit oorspronkelijk in het teken stond van de gedachte dat het bestuursproces zoveel mogelijk van concrete verhoudingen dient te abstraheren, is in toenemende mate gebleken dat rechters de abstracte oriëntatie waartoe het besluitbegrip dwingt als uiterst knellend ervaren, zodat zij tot allerlei creatieve oplossingen zijn gekomen om aan die concrete verhoudingen meer recht te doen. De vraag is nu of de centrale bestuursprocesrechtelijke

---

<sup>99</sup> Vgl. o.a. De Haan 1999, p. 8.

positie van het besluit moet worden opgegeven, en zo ja, wat daar dan voor in de plaats moet komen. Vervolgens komt het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste aan bod. De invoering van de bestuursrechtelijke relativiteitseis markeert bij uitstek een belangrijk moment in de verschuiving van ‘autonome’ ‘toepassingsjurisdictie’ naar een ‘relationeel’ model waarbij de gerechtvaardigde belangen van rechtssubjecten in het licht van hun onderlinge verhoudingen tegen elkaar worden afgewogen. Het privaatrecht maakte die ontwikkeling al eerder door. In hoeverre dient de relativiteitseis in het bestuursrecht van een eigen karakter te worden voorzien? Tot slot volgt een analyse van de rechterlijke toets op evenredige belangenafweging, gezien vanuit verschillende ideeën over de *trias politica*. Van oudsher geldt dat de rechter niet op ‘de stoel van het bestuur’ mag gaan zitten, zodat hij zich over de billijkheid van belangenafweging nauwelijks uit kan spreken. In hoeverre valt de idee van rechterlijke afstandelijkheid in het huidige bestuursrecht nog te handhaven?





DEEL

1

Staat tussen autonomie en verhouding







## DE 'AUTONOME STAAT'

*In filosofische en ideeënhistorische zin heeft het 'autonome' model van bestuursrecht sterke wortels in de verlichte notie van het sociale contract. In de 'natuurtoestand' zou eenieder slechts worden voortgedreven door particuliere belangen en zou een bestendige sociale vrede onmogelijk zijn. Ter waarborging van ieders natuurlijke gelijke vrijheid is daarom een transformatie nodig naar een 'civiele toestand' waarin elk rechtssubject zich schikt naar de artificiële figuur van de staat als enige uitweg uit onderlinge afhankelijkheidsverhoudingen. In historisch opzicht valt de contractsleer te begrijpen als de culminatie van een 'autonoom bevrijdingsproject' waarbij het individu zich stapsgewijs losmaakt uit de verhoudingen die hem volgens feodale principes vanzelfsprekend beklemmen. In zijn bevrijdingsdrift ontkent het 'autonome' project de wezenlijk sociale natuur van de mens die voor 'relationele' denkers als Aristoteles juist een theoretisch vertrekpunt is. In onze tijd groeit het inzicht dat het 'autonome' ideaal van onverbonden vrijheid niet zaligmakend kan zijn. Zo schrijven filosofen als Honneth er verschillende 'pathologieën' aan toe die het maatschappelijk leven vergaand ontwrichten. In het recht manifesteert de verstorende werking van de 'autonome' leer zich niet in het minst in het publiekrecht, dat meer dan het privaatrecht is geënt op abstracte, vaak werkelijkheidsvreemde figuren die het conflictoplossende vermogen van het gewone communicatieve handelen soms ernstig belemmeren.*

### 1. INLEIDING

Vanuit welke intellectuele traditie hebben 'autonome' opvattingen over de staat en het recht zich nu gevestigd in het huidige juridische discours? En hoe dient heden ten dage met die intellectuele erfenis te worden omgegaan? Een moderne 'autonome' denker bij uitstek is John Rawls, die zijn ideeën over 'justice as fairness' uitdrukkelijk grondvest op beginselen die autonome individuen als 'mutually disinterested parties' zouden verkiezen vanachter een 'sluier der onwetendheid' die hen ontdoet van elke natuurlijke en sociale bepaaldheid.<sup>1</sup> Alleen op grond van de achter die denkbeeldige sluier overeengekomen beginselen kan volgens hem een publieke orde worden gecreëerd die ten opzichte van elk afzonderlijk individu op rationele wijze kan worden gelegitimeerd. Die abstracte

---

<sup>1</sup> Rawls 1999 [1971], p. 15-19.

oriëntatie brengt Rawls tot een 'thin theory of the good' die aan de relationele context van het recht geen zelfstandige normatieve waarde toekent.<sup>2</sup> Met name zet Rawls zich sterk af tegen de gedachte dat het recht een afgeleide zou moeten zijn van zijn maatschappelijke functionaliteit, waarbij de maximale som van ieders belangen als normatieve maatstaf wordt beschouwd.<sup>3</sup> Daarnaast verzet Rawls zich tegen 'full theories of the good' als die van Aristoteles, wiens notie van 'het goede leven' de grondslag vormt voor de voorpositieve juridische plicht tot billijkheid binnen concrete verhoudingen. Dergelijke 'perfectionistische' begrippen zijn binnen Rawls' abstracte model niet in te passen; zijn theorie behelst slechts de idee van 'goodness as rationality' waarbij 'het goede' strikt wordt bepaald door de rationele keuzes van autonome individuen.<sup>4</sup>

Vertaald naar recht en rechtspraak hebben 'autonome' ideeën als die van Rawls vergaande consequenties. Ten eerste veronderstellen zij een 'geheimzinnig overwicht' van *rechten* ten opzichte van *belangen*, waarbij aan rechten steeds een zelfstandige waarde wordt gehecht die nooit geheel tot die van belangen kan worden gereduceerd.<sup>5</sup> In de 'autonome' opvatting kan een *rechts*strijd daarom nooit geheel worden opgevat als een *belangen*strijd, maar dient tot op zekere hoogte steeds van concrete belangen te worden geabstraheerd. Ten tweede is juridische gebondenheid aan moeilijk te objectiveren noties als 'goede trouw' en 'betamelijkheid' vanuit 'autonoom' perspectief inherent problematisch. In de 'autonome' traditie zijn individuen in juridische zin immers slechts gebonden aan een 'thin theory of the good' die weinig ruimte laat aan moeilijk grijpbare begrippen als 'behoorlijkheid' en 'zedelijkheid', zodat het individu gevrijwaard blijft van allerlei juridische plichten die jegens hem niet steeds op rationele wijze kunnen worden gelegitimeerd. De 'autonome' leer, legt Waldron uit, behelst in de kern dat individuele rechtssubjecten alleen zijn onderworpen aan staatsgezag voor zover dat jegens elk afzonderlijk individu kan worden gerechtvaardigd. Daartoe stelt die leer zich de staat niet voor als natuurlijk samenwerkingsverband dat uit de sociale aard van de mens zelf voortkomt, maar als een entiteit die althans hypothetisch geldt als 'artificieel construct', als 'kunstwerk' dat door autonome individuen zelf in het leven is geroepen en waaraan zij zich uit vrije wil hebben gecommitteerd.<sup>6</sup> De theorie van Rawls, die nadrukkelijk voortbouwt op de vroegmoderne en verlichte idee van het sociale contract, is van die 'autonome' leer een moderne emanatie.

In wat nu volgt ga ik eerst nader in op de theorie van Rawls. Daarna onderzoek ik de ideeënhistorische wortels van de 'autonome' traditie die Rawls nieuw leven wil inblazen. Zelf voert Rawls zijn moderne contractstheorie terug op filosofen als Locke, Rousseau en Kant. Naar ik zal betogen valt zijn 'autonome' theorie bovendien in verband te brengen met de artificiële staatsleer van denkers als Machiavelli, Bodin en Hobbes, die zich allen sterk afzetten tegen de 'relationele' aristotelische traditie waarin de staat wordt beschouwd als organisch samenwerkingsverband dat uit de sociale natuur van de mens

2 Rawls 1999 [1971], p. 347 e.v.

3 Rawls 1999 [1971], p. 25.

4 Rawls 1999 [1971], p. 358 e.v.

5 Vgl. o.a. Nieuwenhuis 1997, p. 29: 'Zonder belang geen recht, maar het recht bezit een geheimzinnig overwicht.'

6 Waldron 1987, p. 132.

zelf voortkomt. Verheldering van de ideeënhistorische fundamenteën van de ‘autonome’ leer maakt duidelijk hoe diep dat artificiële staatsbegrip in westerse rechtsculturen geworteld is. Voor het publiekrecht is daarbij met name relevant dat de ‘autonome’ zienswijze aanvankelijk sterk werd gevoed door *antifeodale* sentimenten die sterk waren gericht tegen de uitoefening van staatsmacht binnen bepaalde verhoudingen, zodat de neiging ontstond om publieke bevoegdheden zoveel mogelijk van concrete verhoudingen te abstraheren. Vervolgens ga ik kort in op enkele moderne filosofische en sociologische bezwaren die tegen de ‘autonome’ traditie zijn ingebracht. Daarbij bespreek ik onder meer de fundamentele kritiek van denkers als Sandel, Ricoeur en Taylor, die Rawls’ ‘autonome’ theorie niet alleen op theoretische gronden verwerpen, maar ook wijzen op de perverse uitwerking die zij zou hebben op het moderne recht. De nadelige gevolgen van de ‘autonome’ leer worden vooral ook uitgewerkt door Honneth, die er verschillende sociale ‘pathologieën’ aan toeschrijft die zich in het hedendaagse rechtsleven nadrukkelijk openbaren.

## 2. HET REFLECTIEVE EVENWICHT

Vrij algemeen wordt de theorie van Rawls beschouwd als de ‘ground zero’ van de moderne politieke filosofie.<sup>7</sup> Kymlicka, bijvoorbeeld, duidt de verschijning van Rawls’ *A Theory of Justice* aan als de ‘rebirth of normative political philosophy’.<sup>8</sup> De in dat boek geformuleerde theorie is nog steeds toonaangevend, niet zozeer vanwege haar brede acceptatie, maar veeleer doordat alternatieve opvattingen vaak worden gepresenteerd als reacties op Rawls’ ideeën. Rawls formuleerde zijn theorie in directe oppositie tegen het cynisme van de rechtsrealisten, die zich in hun pragmatische visie op het recht niet primair oriënteerden op formele *rechten* maar op werkelijke *belangen*.<sup>9</sup> Van de kantiaanse opvatting van het individuele rechtssubject als *Zweck an sich selbst*, wiens rechten categorische bescherming verdienen, blijft op die manier niets over. De ‘convictions of common sense’ zouden echter voorschrijven ‘that we distinguish as a matter of principle between the claims of liberty and right on the one hand and the desirability of increasing aggregate social welfare on the other’. Aan *rechten* komt derhalve zelfstandige waarde toe, zodat deze nooit geheel tot *belangen* kunnen worden gereduceerd, laat staan dat zij zouden kunnen worden opgenomen in een utilistische ‘calculus of social interests’. Ten opzichte van belangen reserveert Rawls voor rechten misschien geen ‘absolute weight’, zoals Kant, maar toch zeker een geheimzinnig overwicht, ‘a certain priority’, waarbij elk rechtssubject beschikt over een ‘inviolability founded on justice’ die zelfs door de ‘the welfare of everyone else’ niet zomaar terzijde kan worden geschoven.<sup>10</sup> In *A Theory of*

7 Kymlicka 2002, p. viii.

8 Kymlicka 2002, p. 10.

9 Zie o.a. Tamanaha 2006, p. 3-6 en p. 60-76. Zie o.a. Selznick 1990, p. 23 e.v. voor een minder ‘cynische’ opvatting van het rechtsrealisme, in het bijzonder van het ‘pragmatische naturalisme’ van Dewey, dat hij niet zozeer duidt als een vorm van consequentialisme maar veeleer als een interactionistische ethiek die zich onder meer richt op ‘the enhancement of fellowship’ en ‘moral well-being’.

10 Rawls 1999 [1971], p. 24-25.

*Justice*, door Sandel beschouwd als 'the major text in contemporary political philosophy', poogt Rawls die overtuiging van een rationeel fundament te voorzien.<sup>11</sup>

Daarbij stelt Rawls zich ten doel de klassieke idee van het sociale contract nieuw leven in te blazen. De vroegmoderne en verlichte ideeën van Locke, Rousseau en Kant voldoen volgens hem niet meer omdat zij berusten op metafysische fundamente die hun geloofwaardigheid hebben verloren. Daarom beoogt Rawls de klassieke contractsfilosofie tot een 'higher' en strikt rationeel 'level of abstraction' te brengen waarop een dergelijk fundament niet langer nodig zou zijn.<sup>12</sup> Op dit hogere niveau heeft het contract niet langer betrekking op de vorming van een bepaalde sociale gemeenschap of constitutie, maar beperkt het zich tot twee 'principles of justice' als de 'basic structure' van een rechtvaardige samenleving.<sup>13</sup> Deze principes worden gevonden vanuit een hypothetische uitgangssituatie van gelijke vrijheid waarin 'no one knows his place in society, his class position or status'; bovendien zijn de individuen in Rawls' begintoestand onwetend van hun 'fortune in the distribution of natural assets and abilities'.<sup>14</sup> Vanachter een dergelijke 'veil of ignorance', waarbij elke sociale en natuurlijke bepaaldheid is uitgesloten, zou het aannemelijk zijn dat dat losse individuen alleen tot maatschappelijke samenwerking komen wanneer vooraf wordt afgesproken dat hun oorspronkelijke gelijke vrijheid in stand blijft en hun rechten niet verworden tot voorwerp van 'political bargaining', waarbij 'the loss of freedom is made right by the greater good shared by others'.<sup>15</sup>

Rawls' sociale contract behelst daarom ten eerste het beginsel dat 'each person is to have an equal right to the most extensive scheme of equal basic liberties compatible with a similar scheme of liberties for others'.<sup>16</sup> Daarmee treedt Rawls nadrukkelijk in de voetsporen van Kant, die zijn rechtsleer immers ent op 'der Inbegriff der Bedingungen' waaronder de totale autonomie van de een slechts wordt begrensd door de totale autonomie van ieder ander.<sup>17</sup> Een tweede beginsel betreft de rechtvaardiging van sociale en economische ongelijkheden. In beginsel meent Rawls dat 'social and economic advantages' in een rechtvaardige samenleving ongelijk verdeeld mogen zijn; slechts de klassieke vrijheidsrechten zijn hiervan op grond van het eerste beginsel uitgezonderd. Overige ongelijkheden zijn volgens Rawls echter toelaatbaar voor zover zij 'are [...] reasonably expected to be to everyone's advantage'.<sup>18</sup> Door middel van een dergelijk 'principle of difference' zou worden gewaarborgd dat de ontstane verdeling steeds ten opzichte van elk afzonderlijk individu op rationele wijze kan worden gelegitimeerd. De door Rawls voorgestane verdeling houdt immers in dat ieder individu uiteindelijk beter af is en past daarom in een samenleving die kan worden beschouwd als een 'cooperative venture' waarvan elk individu profiteert.<sup>19</sup> De maatschappelijke toestand die deze twee

11 Sandel 1984, p. 8.

12 Rawls 1999 [1971], p. xviii: 'a higher order of abstraction'; p. 3 en 10: 'a higher level of abstraction'.

13 Rawls 1999 [1971], p. 10.

14 Rawls 1999 [1971], p. 11.

15 Rawls 1999 [1971], p. 25.

16 Rawls 1999 [1971], p. 53.

17 MS 6.238; het recht behelst voor Kant een situatie waarin 'die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann'. Zie verder hieronder, §5.

18 Rawls 1999 [1971], p. 53.

19 Rawls 1999 [1971], p. 56; p. 74.

beginselen in ere houdt wordt aangeduid als het ‘reflective equilibrium’: een *evenwicht* tussen rechten en belangen waarin de ‘priority of right’ is verdisconteerd en dat bovendien *reflectief* is omdat het op zuiver rationele wijze kan worden gerechtvaardigd.<sup>20</sup>

Hoe dient Rawls’ door rationele individuen in een imaginaire begintoestand bereikte ‘reflectieve evenwicht’ nu in de praktijk gestalte te krijgen? Bij de toepassing van de basale beginselen, zo betoogt Rawls, vallen vier niveaus te onderscheiden; in dit verband spreekt hij van de ‘four-stage sequence’.<sup>21</sup> Ten eerste onderscheidt hij het niveau van de filosofische, in het imaginaire contract vastgelegde beginselen als een algemene normatieve standaard. Deze standaard krijgt een enigszins concrete vorm op het tweede niveau van de constitutie, waarin vooral het beginsel van gelijke vrijheid dient te zijn verankerd. Het verdelingsbeginsel staat meer op de voorgrond op het derde niveau van ‘laws and policies’, dat onder meer zorg draagt voor een rechtvaardig sociaal en politiek beleid. Op het vierde en meest concrete niveau dienen beide beginselen gestalte te krijgen door middel van ‘the application of rules to particular cases by judges and administrators’.<sup>22</sup> Bij dat laatste heeft Rawls een vrij formele procedure voor ogen. In een rechtvaardige samenleving belichamen de regels de uitkomst van het reflectieve evenwicht, waarmee rationele individuen in een imaginaire beginsituatie hebben ingestemd. In dat geval spreekt het voor Rawls vanzelf dat rechters en andere institutionele beslissers deze regels op volstrekt onpartijdige en consistente wijze dienen toe te passen. Een rechtssysteem is een ‘coercive order of public rules’ die is ingericht als raamwerk voor sociale samenwerking; als zodanig reguleert een rechtssysteem gedrag doordat het verwachtingen schept waarop rationele individuen zich kunnen oriënteren. Wanneer de grenzen van het recht echter onscherp zijn, schrijft Rawls, zijn de ‘boundaries of men’s liberties’ dat ook. Inconsistente rechtspraak verhoudt zich daarom slecht tot de door Rawls onderscheiden elementaire vrijheden en is daarom in zijn ogen sterk afkeurenswaardig. In die zin dient rawlsiaanse rechtspraak vooral het beginsel van gelijke vrijheid, dat vereist dat gelijke gevallen steeds gelijk worden behandeld.<sup>23</sup>

Vanzelfsprekend is Rawls zich ervan bewust dat in de praktijk niet altijd kan worden vastgesteld wat de in het reflectieve evenwicht gevonden beginselen in een bepaald geval precies vereisen. Zijn ‘four-stage sequence’, zo legt hij uit, moet echter worden gezien als een deel van zijn rechtvaardigheidstheorie en niet als een soort stappenplan aan de hand waarvan in elk afzonderlijk geval kan worden vastgesteld wat wel en niet rechtvaardig is.<sup>24</sup> In dat licht bezien is het niet vreemd dat het probleem van de onbepaaldheid van het recht in Rawls’ theorie geen rol speelt.<sup>25</sup> Binnen Rawls’ theorie bestaat rechtspraak eenvoudigweg uit het vellen van een oordeel ‘in accordance with what the law requires’.<sup>26</sup> Een goede rechter beschikt daarbij over de ‘judicial virtues’ die door zijn positie worden vereist. Zo is hij ‘impartial’, ‘able to assess the evidence fairly’ en ‘not prejudiced or moved by personal considerations’. Aldus is ‘de goede rechter’ voor Rawls een embleem voor zijn opvatting

20 Rawls 1999 [1971], p. 18-19; p. 42 e.v.

21 Rawls 1999 [1971], p. 171 e.v.; zie ook Van Domselaar 2014, p. 64 e.v.

22 Rawls 1999 [1971], p. 175.

23 Rawls 1999 [1971], p. 207; zie ook p. 50-52. Vgl. verder o.a. Van Domselaar 2014, p. 65. De modificaties van Rawls’ theorie in zijn latere werk laat ik hier buiten beschouwing.

24 Rawls 1999 [1971], p. 176.

25 Vgl. o.a. Carlson 1994, p. 1833, waar Rawls’ ‘legal universe’ wordt omschreven als ‘complete and filled’.

26 Rawls 1999 [1971], p. 355.

van 'goodness as rationality' die voor Rawls' rechtsdenken een belangrijk anker vormt. Deze opvatting houdt in dat 'het goede' in de meest 'dunne' zin op zuiver rationele gronden kan worden bepaald; de 'thin theory of the good' bepaalt als zodanig dat iets alleen goed is wanneer het past binnen de uitwerking van de twee door Rawls geformuleerde 'principles of right'.<sup>27</sup> In een pluralistische samenleving is het volgens Rawls van groot belang dat rechters en andere vertegenwoordigers van het staatsgezag zich strikt tot een dergelijke 'dunne' opvatting van het goede beperken.<sup>28</sup>

### 3. HET 'AUTONOME BEVRIJDINGSPROJECT'

In *Liberalism and the limits of justice* beschrijft Sandel de theorie van Rawls als de culminatie van een 'autonoom' 'bevrijdingsproject' dat zich ten doel stelt het individu te verlossen van allerlei bovenindividuele maatschappelijke doelen en zedelijke verhoudingen. Het 'autonome' project gaat daartoe uit van een 'onttoverd' ethisch universum, 'devoid of inherent meaning' en zonder objectieve morele orde. Alleen in een dergelijke 'lege' wereld is het immers mogelijk uit te gaan van individuele subjecten die aan de rechtsorde voorafgaan en dus alleen kunnen worden verplicht te gehoorzamen aan de regels die zij zichzelf hebben opgelegd.<sup>29</sup> In 'relationele' theorieën is dat anders. Daarbij kan allereerst worden gedacht aan utilistische opvattingen, die uitgaan van intersubjectieve gebondenheid aan allerlei bovenindividuele doelen. Bentham, bijvoorbeeld, spreekt van een natuurlijke wederkerige betrokkenheid tussen rechtssubjecten, onderling verenigd in een 'lichaam' waarvan de individuen de onlosmakelijke ledematen zijn.<sup>30</sup> Iets soortgelijks geldt voor de meer 'liberale' ideeën van Mill, die zich in zijn geschriften toch nadrukkelijk opwerpt als een voorstander van een maximale 'individual independence';<sup>31</sup> uiteindelijk richt zijn theorie zich evenwel niet op 'the agent's own happiness, but that of all concerned'.<sup>32</sup> De idee van de utilistische calculus houdt uiteindelijk alleen stand wanneer individuele rechten geen zelfstandige waarde vertegenwoordigen, maar opgaan in een optelsom die voor eenieder bindende gevolgen heeft. 'For any consistent utilitarian', schrijft Budziszewski terecht, 'the community [...] is, in fact, the *only* person – the only true person', waarbij de individuele rechtssubjecten waaruit die persoon is opgebouwd zonder voorbehoud verbonden zijn aan het gemeenschapsbelang als hoogste doel.<sup>33</sup>

27 Rawls 1999 [1971], p. 347 e.v.

28 Zie ook Rawls 1999, in het bijzonder p. 208-214, waar Rawls weliswaar uitgaat van 'justice as reciprocity', maar daarbij slechts ruimte laat aan een intersubjectieve juridisch bindende betrokkenheid die ten opzichte van elk afzonderlijk individu op rationele wijze kan worden gelegitimeerd.

29 Sandel 2010 [1982], p. 175.

30 *Principles* 1.4: 'The community is a fictitious *body*, composed of the individual persons who are considered as constituting as it were its *members*. The interest of the community then is, what is it?—the sum of the interests of the several members who compose it.'

31 *On Liberty*, hoofdstuk 1.

32 Zie o.a. *Utilitarianism*, hoofdstuk 2: '[T]he happiness which forms the utilitarian standard of what is right in conduct, is not the agent's own happiness, but that of all concerned'. Vgl. ook hoofdstuk 3, waar Mill de sociale natuur van de mens omschrijft als 'at once so natural, so necessary, and so habitual to man, that [...] he never conceives himself otherwise than as a member of a body'.

33 Budziszewski 2000, p. 229; vgl. o.a. Vermeule 2006, p. 21 e.v.



Het beeld van de gemeenschap als menselijk lichaam is daarnaast prominent aanwezig in een filosofische traditie die teruggaat op Aristoteles, die de stadstaat (*polis*) in zijn *Politica* beschrijft als een gemeenschap die niet berust op een bewuste keuze van losse individuen, maar op het streven naar ‘het goede leven’ als natuurlijk ‘doel’ (*telos*) dat met het menszijn zelf gegeven is. Naar Aristoteles meent is de mens een gemeenschapswezen dat zich alleen kan verwezenlijken wanneer hij zich verhoudt tot anderen, waarbij hij niet alleen denkt aan de private kring van het ‘huishouden’ (*oikos*), maar bovenal aan de publieke sfeer van de *polis*, waarbinnen het individu zich niet alleen verhoudt tot familie en vrienden maar ook tot meer distante medeburgers; vandaar dat Aristoteles de mens beschouwt als ‘politiek dier’ (*dzōion politikon*). De *polis* is niet in de eerste plaats gericht op ‘overleven’ (*dzēn*), maar op het ‘goede leven’ (*eu dzēn*), begrepen als de ultieme vervulling van het *telos* dat de mens door de natuur is ingeplant. Wie ‘stedeloos’ (*apolis*) is, kan zijn menselijkheid niet tot ontwikkeling brengen; een bestaan buiten de stadstaat is alleen weggelegd voor goden en beesten. De *polis* constitueert daarmee het individu en niet andersom. ‘Het geheel’, schrijft Aristoteles, ‘gaat uit noodzaak vooraf aan het deel, zoals een voet of hand niet kan bestaan zonder het lichaam’.<sup>34</sup> De aristotelische visie op de mens als gemeenschapswezen is in de middeleeuwen onder meer verder ontwikkeld door Thomas van Aquino, die Aristoteles’ filosofie in overeenstemming trachtte te brengen met de christelijke leer.

De mens heet bij Thomas niet zozeer een ‘politiek dier’ (*animal politicum*), maar veeleer een ‘sociaal dier’ (*animal sociale*), waarmee hij het belang van een pluriforme publieke ruimte lijkt te relativeren en de mens eenvoudigweg karakteriseert als een wezen dat niet atomair kan bestaan maar steeds afhankelijk is van zijn verhoudingen tot anderen.<sup>35</sup> Het beeld van de individuele mens als onlosmakelijk deel van de gemeenschap als lichaam speelt ook bij Thomas een dominante rol. Ten eerste kan het individu in zijn ogen niet los worden gezien van de kerk als het ‘mystieke’ ondeelbare lichaam (*corpus mysticum*) waarvan Christus het hoofd is.<sup>36</sup> Daarnaast maakt de individuele mens reeds van nature deel uit van een wereldse gemeenschap (*communitas*), waarbij Thomas anders dan Aristoteles niet denkt aan een autarke *polis* maar aan een *imperium* dat niet alleen zijn eigen burgers maar *alle* mensen omvat.<sup>37</sup> De idee van een mystiek kerkelijk lichaam (*corpus ecclesiae mysticum*) vond al snel een pendant in een even mystiek statelijk lichaam (*corpus reipublicae mysticum*) dat in nauw verband werd gebracht met de aan Aristoteles

34 *Pol.* 1252b.

35 Zie o.a. Aroney 2007, p. 177, met verdere verwijzingen. Vgl. ook Arendt 1958, p. 22, waar Arendt Thomas’ interpretatie van Aristoteles’ mensbeeld (‘homo est naturaliter politicus, id est, socialis’) fel bestrijdt.

36 Het beeld van de kerk als *corpus mysticum* gaat terug tot Paulus’ eerste brief aan de Korintiërs, waarin Paulus spreekt over de geloofsgemeenschap als een lichaam dat uit vele delen bestaat, maar toch een onverbreekbaar eenheid vormt (*Korintiërs* 1.12:12-31). Die organische gedachte werd onder andere overgenomen in de pauselijke bul (‘Unam sanctam’) waarmee Bonifatius VIII in 1302 de eenheid van de kerk en de leidende positie van de paus bekrachtigde; sindsdien is zij een centraal en meermalen bevestigd onderdeel van de katholieke leer. ‘Het geloof’, stelt die bul, ‘dwingt ons uit te gaan van één heilige katholieke kerk, zonder welke verlossing of vergeving van zonden niet mogelijk is en die een mystiek lichaam representeert, met Christus als het hoofd, en God als het hoofd van het lichaam van Christus’. Zie verder o.a. Weiler 1992, p. 15. Vgl. ook *Summa* 3.8.1, waar Thomas spreekt over de kerk als het ‘mystieke lichaam’ (*corpus mysticum*) van Christus.

37 Zie Ahoney 2007, p. 180 e.v., met verdere verwijzingen.

toegeschreven notie van de mens als politiek gemeenschapswezen. 'The state, or, for that matter, any political aggregate', schrijft Kantorowicz, 'was understood as the result of natural reason'.<sup>38</sup> Met andere woorden: de staat gold net als de kerk als de uitdrukking van een bovenindividueel *telos* dat de mens van nature is ingeplant. Uiteindelijk worden staat en kerk beide geregeerd door een onveranderlijke goddelijke wet (*lex aeterna*), met als haar directe verlengstukken het 'spirituele zwaard' van de paus en het 'wereldlijke zwaard' van de keizer, waarbij de kerk uiteraard claimde dat het tweede slechts mag worden gehanteerd voor zover de paus er goedkeuring aan geeft.<sup>39</sup> De aristotelische opvatting van de politieke gemeenschap als een pluraliteit van vrije burgers schoof op die manier naar de achtergrond; wat restte was veeleer een thomistische visie waarin het individu wordt gezien als een integraal deel van een goddelijke orde, 'a seamless web in which each person [...] had his appointed place'.<sup>40</sup>

Zowel het utilisme als de staatsidee van Aristoteles en Thomas gaat dus uit van een gegeven intersubjectieve betrokkenheid die zich in theoretische geschriften vaak vertaalt in het beeld van de staat als organisch verband waarvan de individuele leden onlosmakelijke delen zijn. De theorie van Rawls zet zich tegen dergelijke 'relationele' ideeën sterk af. Ten eerste bepleit Rawls immers dat elk afzonderlijk individu reeds op grond van zijn menselijkheid beschikt over een 'inviolability founded on justice' die verbiedt dat zijn basale vrijheidsrechten worden verdisconteerd in een utilistische rekensom; elke rechtsopvatting die omgaat met hun rechten en belangen 'as if they were one person' is in zijn ogen principieel onjuist.<sup>41</sup> Ten tweede vereist 'justice as fairness' in Rawls' ogen dat individuen niet onderworpen zijn aan een of ander ingeplant *doel*, maar zélf dienen te bepalen wat zij onder het 'goede leven' verstaan. 'Human good', schrijft Rawls, 'is heterogeneous because the aims of the self are heterogeneous'. De idee van het natuurlijke 'goede leven' is volgens hem 'irrational', zo niet ronduit 'mad'. 'The self', stelt Rawls, is in de teleologische traditie 'disfigured and put in the service of one of its ends for the sake of system'.<sup>42</sup> Als *individu op zichzelf* heeft de mens in die traditie geen bestaansrecht; van een autonome positie van het individu ten opzichte van de hem omringende gemeenschap geeft zij zich immers geen rekenschap. Kritische distantie ten opzichte van die gemeenschap verliest dan haar zin. In Waldrons woorden: '[T]he self cannot ask the critical question: 'Is this the sort of order I would accept? Is it one that I would have chosen?'' Van het liberale uitgangspunt van individuele gelijke vrijheid blijft op die manier weinig over; dat vereist immers dat elke sociale ordening open staat voor 'critical scrutiny' ten opzichte van elk afzonderlijk individu, jegens wie 'all aspects of the social should either be made acceptable or be capable of being made acceptable'.<sup>43</sup>

---

38 Kantorowicz 1957, p. 210.

39 Zie verder o.a. Van Creveld 1999, p. 61.

40 Van Creveld 1999, p. 51.

41 Rawls 1999 [1971], p. 25.

42 Rawls 1999 [1971], p. 486.

43 Waldron 1987, p. 127-150, p. 128; p. 132.



#### 4. DE STAAT ALS KUNSTWERK

Van de door ‘organische’ denkers veronderstelde onontkoombaarheid van bredere maatschappelijke en meer concrete *verhoudingen* tracht Rawls het menselijk subject nu juist te bevrijden. Daarbij bouwt hij met name voort op de ideeën van Locke, Rousseau en Kant, wier werk hij beschouwt als ‘definitive of the contract tradition’.<sup>44</sup> Van groot belang voor een goed begrip van de ‘autonome’ traditie zijn daarnaast de diepere wortels ervan in de opvattingen van denkers als Machiavelli, Bodin en Hobbes, die van de ‘mystieke lichamen’ van de kerk en de keizer niets wilden weten. Op zoek naar alternatieven beschouwden zij de staat niet als de weerslag van een natuurlijke orde, maar als artificieel construct, als ‘kunstwerk’ waarmee de mens zijn lot in eigen hand neemt. De opkomst van de artificiële staatsleer markeert op een verschuiving van een *theocentrisch* wereldbeeld, waarin de tijdelijke werkelijkheid slechts geldt als de afgeleide van een transcendente eeuwigheid, naar een *antropocentrisch* wereldbeeld waarin de mens de wereld waarin hij leeft voor een groot deel zelf vormgeeft. In de middeleeuwen, schrijft Burckhardt, werd aan individuen een onontkoombare plaats in de scheppingsorde toegeschreven, waarbij de mens ‘sich nur erkannte [...] ‘in irgendeiner Form des Allgemeinen’. In de renaissance ‘verweht dieser Schleier in die Lüfte; [zuerst] wird der Mensch geistiges *Individuum* und erkennt sich als solches’.<sup>45</sup> De ‘ontdekking van het individu’ bracht niet alleen beslissende veranderingen in de kunst teweeg, maar ook een fundamentele wijziging in de wijze waarop tegen politiek gezag werd aangekeken. Niet langer werd de politieke gemeenschap vanzelfsprekend begrepen als natuurlijk *organisme*; voortaan was het mogelijk haar te zien als ‘berechnete, bewusste Schöpfung’ van individuen, kortom, als *kunstwerk* (‘Kunstwerk’) dat niet wordt beheerst door een natuurlijke *lex aeterna*, maar door *kunstmatig* recht, met het *autonome* individu als meest elementaire bron.<sup>46</sup> ‘Machiavelli’, schrijft Burckhardt, ‘ist der erste unter den Modernen, der dieses so vermocht hat’.<sup>47</sup>

Met zijn nieuwe kunstmatige staatsleer trachtte Machiavelli het subject te bevrijden uit de ‘lichamen’ van kerk en wereldse gemeenschap waarvan het in de middeleeuwen als onlosmakelijk deel werd beschouwd. Onder Thomas’ *lex aeterna* kon van soevereine staten geen sprake zijn. ‘Die universale Religion’, schrijft Meinecke, ‘stellte [...] ein universales Moralgebot auf, dem auch der Staat gehorchen sollte. [...] Das Recht war ihm übergeordnet, er war Mittel zur Verwirklichung des Rechts’.<sup>48</sup> Het machtsvacuüm na de val van Rome werd opgevuld door een piramidaal stelsel van feodale verhoudingen dat *de iure* gold als een enorm rijk, maar *de facto* bestond uit een samenraapsel van min of meer autonome gebieden die werden bestuurd door lokale edelen en hun vazallen.<sup>49</sup> Van het onderscheid dat de Romeinen van oudsher maakten tussen ‘privaatrechtelijk’ *dominium* (‘eigendom’) en ‘publiekrechtelijk’ *imperium* bleef weinig over; het feodale

44 Rawls 1999 [1971], p. 10.

45 Burckhardt 1976 [1860], p. 119.

46 Burckhardt 1976 [1860], p. 4.

47 Burckhardt 1976 [1860], p. 78; vgl. verder o.a. Van Creveld 1999, p. 71 e.v.

48 Meinecke 1963 [1924], p. 31.

49 De Franse koning eiste daarbij voor zichzelf een onafhankelijke positie op. De beroemde spreuk van Jean de Blanot (‘Rex Franciae in regno suo princeps est’ – De koning van Frankrijk is keizer in zijn eigen koninkrijk) vond al snel ook navolging buiten Frankrijk; zie o.a. Van Creveld 1999, p. 76.

recht laat zich eerder kenmerken als een ongedifferentieerd stelsel waarin publiek- en privaatrechtelijke bevoegdheden onderling nauw zijn vervlochten.<sup>50</sup> Met de opkomst van de burgerij in de late middeleeuwen kwam het feodale stelsel onder druk te staan. Al snel werden de uitdijende steden voorzien van dikke en hoge muren, die de stadsbewoners van een duidelijke identiteit voorzagen: voortaan markeerden die muren de grens tussen het feodale agrarische 'buiten' en het verstedelijkte 'binnen', waar vooral handels- en ambachtsslieden woonden.<sup>51</sup> Verschanst in hun 'burghen' ontworstelden de burgers zich stapsgewijs aan de feodale banden die hen tot dan toe gevangen hielden. 'Stadtluft macht frei', luidt een oud Duits gezegde; wie in laat-middeleeuws Duitsland langer dan een jaar in een stad resideerde, verkreeg burgerrechten en onttrok zich daarmee aan het gezag van zijn heer.<sup>52</sup>

Tegen deze achtergrond bezien is het niet vreemd dat Machiavelli de onafhankelijkheid van zijn stad beschouwde als essentiële voorwaarde voor de vrijheid van al haar burgers. Het Florence van Machiavelli wist zich de paus, de Duitse keizer en de Franse koning slechts ternauwernood van het lijf te houden. Veel, zo niet alles was wat hem betreft toegestaan om dat zo te houden. Van enige gebondenheid aan een goddelijke natuurwet wilde hij daarbij niets weten. Wanneer men zelf zijn lot wil bepalen, is het onvermijdelijk soms vuile handen te maken. 'Fortuna', schrijft Machiavelli, is als een vrouw; 'wanneer men haar eronder wil houden, is het noodzakelijk haar [...] zo nu en dan stevig af te ranselen'.<sup>53</sup> Een heerser moet leren slecht te zijn wanneer de omstandigheden hem daartoe dwingen.<sup>54</sup> Nu eens moet hij vos zijn en dan weer leeuw: krachtig en edel waar mogelijk, maar sluw en doortrapt wanneer het nodig is.<sup>55</sup> In een boek met de eufemistische titel *Thoughts on Machiavelli* legt Strauss uit waarom hij in Machiavelli's staats- en rechtsopvatting niets dan een dwaalleer ziet die de westerse cultuur diepgaand heeft vergiftigd.<sup>56</sup> 'If it is true that only an evil man will teach maxims of public and private gangsterism', schrijft Strauss, 'we are forced to say that Machiavelli was an evil man'.<sup>57</sup> Met rücksichtsloos banditisme heeft Machiavelli's theorie echter niets te maken. Een goede heerser gedraagt zich niet eenvoudigweg als roverhoofdman, maar richt zich steeds op het belang van de *republica* als waarborg voor collectieve vrijheid en een bestendige vrede.<sup>58</sup> Burgerlijke vrijheid kan slechts bestaan wanneer de individuele rechtssubjecten krachtig staatsgezag boven zich dulden, waarbij de heerser slechts is onderworpen aan de

50 Zie o.a. Pettit 1997, p. 112. Zie over het Romeinsrechtelijke onderscheid tussen publiek- en privaatrecht o.a. Van Caenegem 1995, p. 1-6, waar Van Caenegem onder meer ingaat op D. 1.1.1.2 en Inst. 1.1.4 ('Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet').

51 Vgl. Finer 1997, p. 952; zie ook Van der Hoeven 1989, p. 27 e.v.

52 Bader & Dilcher (red.) 1999, p. 353 e.v.

53 *Il Principe* 25.

54 *Il Principe* 15: 'Wanneer hij zich wil handhaven, moet een heerser leren om niet goed te zijn. Dit vermogen dient hij in de praktijk te brengen al naargelang de omstandigheden hem daartoe dwingen.'

55 *Il Principe* 18.

56 Strauss 1958, p. 12.

57 Strauss 1958, p. 9.

58 Zie, onder veel meer, *Discorsi* 1.9, waar Machiavelli de moord van Romulus op zijn eigen broer rechtvaardigt doordat hij niet denkt 'aan zijn eigen, maar aan het algemene belang (*non a sé ma al bene comune*) [...] en het gemeenschappelijke vaderland (*comune patria*)'.

ongeschreven norm dat zijn handelen steeds gericht moet zijn op de vrijheid en welvaart van de republiek als geheel.<sup>59</sup>

Op het eerste gezicht is de staats- en rechtsopvatting van Machiavelli slechts gericht op de collectieve vrijheid van de republiek en niet op die van het individu als zodanig.<sup>60</sup> Toch markeert Machiavelli's theorie een essentieel moment in de 'autonome' traditie; Skinner spreekt daarbij van een 'neo-roman theory' als een cruciale pijler van het moderne liberalisme.<sup>61</sup> Deze theorie is geënt op de republikeinse gedachte 'that it is only possible to be free in a free state', waarbij vrijheid strikt negatief wordt begrepen als vrijheid van overheersing door private anderen.<sup>62</sup> Het staatsverband geldt daarbij als een 'artificial person' die individuele vrijheid überhaupt mogelijk maakt.<sup>63</sup> Totale onderwerping aan het staatsgezag is essentieel; alleen wanneer de heerser niet belemmerd wordt door Thomas' 'lex aeterna' is hij immers in staat de burgers blijvend te verlossen van de 'dependence on the goodwill of others' die kenmerkend is voor het feodale stelsel.<sup>64</sup> Machiavelli's kunstmatige staat (*lo stato*) is daarmee typologisch verwant aan de absolutistische staatskunstwerken van Bodin en Hobbes, die hun bevrijdende werk eveneens alleen kunnen doen op grond van onweersproken gezag.<sup>65</sup> Nadrukkelijker dan Machiavelli pogen Hobbes en Bodin het bestaansrecht van dat onbelemmerde gezag ten opzichte van elk afzonderlijk rechtssubject te legitimeren. Daartoe formuleren zij beiden een verdragsleer waarvan de gewelddadige 'begintoestand' niet alleen refereert aan godsdienst- en burgeroorlogen, maar ook aan de beknellende werking die uitgaat van de 'gegeven' onderworpenheid aan anderen binnen feodale verhoudingen. Zo schetst Bodin een natuurtoestand waarin '[L]a force, la violence, l'ambition, l'avarice [et] la vengeance' vrij spel hebben, 'donnant la victoire aux uns, [rendant] les autres esclaves'.<sup>66</sup> Hobbes' natuurtoestand is even angstaanjagend. Gebrek aan een krachtige kunstmatige publieke orde resulteert volgens hem in een eindeloze 'time of war, where every man is enemy to every man', zodat 'the life of man' slechts valt te omschrijven als 'solitary, poor, nasty, brutish and short'.<sup>67</sup> De oplossing vinden zij beiden in de onvoorwaardelijke onderwerping aan een algemene publieke orde die vrijheid niet belemmert, maar juist mogelijk maakt.<sup>68</sup>

Met zijn contractsleer verzet Hobbes zich niet alleen tegen de Aristoteles' organische staatsbegrip, maar ook tegen diens teleologische visie op de natuur meer in

59 Zie o.a. Meinecke 1963 [1924], p. 55, met verdere verwijzingen.

60 Zie o.a. *Leviathan* 31, waar Hobbes signaleert dat Machiavelli's leer niet strekt tot de 'liberty of particular men', maar slechts tot de 'liberty of the Commonwealth'.

61 Skinner 1998, p. 11; zie verder o.a. Pocock 1975.

62 Skinner, 1998, p. 60.

63 Skinner 1998, p. 109.

64 Skinner 1998, p. 119; zie ook Pettit 1997, p. 28-29.

65 Skinner 1998, p. 112-113; zie ook Skinner 2008. De interpretatie van het begrip '*lo stato*' is omstrede. Zie o.a. Hexter 1957, p. 113 e.v., volgens wie het begrip vooral een *toestand* ('status') aanduidt, waarbij het soms gaat om de situatie waarin de politieke gemeenschap zich bevindt, maar meestal om de positie van de heerser zelf. Skinner betoogt echter dat 'when 'the state of the prince' is being discussed, the intention is not to distinguish the ruler's powers from those of the state, but rather to assert that they ought to be identified'. Zie Skinner 1978, p. 353.

66 *SLR* 1.6.

67 *Leviathan* 13.

68 *SLR* 1.6: '[C]elui qui ne voulait quitter quelque chose de sa liberté, pour vivre sous les lois, et commandement d'autrui, la perdait du tout.'

het algemeen. In de loop van de zeventiende eeuw maakte de aristotelische idee van doelgebonden kwaliteiten steeds meer plaats voor een cartesians wereldbeeld waarin natuurlijke elementen slechts gehoorzamen aan de wetten van de mechanica. In *Leviathan* is dit cartesians wereldbeeld het vertrekpunt van Hobbes' politieke filosofie. De veronderstelling dat objecten in hun valbeweging een in het object zelf aanwezig doel vervullen is volgens hem bijvoorbeeld absurd; in plaats daarvan acht hij hen slechts onderworpen aan de uitwendige werking van de zwaartekracht.<sup>69</sup> Even ridicuul is volgens Hobbes de aristotelische opvatting van de mens als 'politek dier' (*politikōn dzōion*), dat zijn natuurlijke vervulling pas vindt binnen de sociale verbanden van zijn huishouden (*oikos*) en stad (*polis*). Volgens Hobbes is de politieke gemeenschap geen *natuurlijke*, maar een *artificiële* orde, die ten opzichte van elke afzonderlijke burger kan worden gelegitimeerd door uit te gaan van een sociaal contract waarmee de mens zich bevrijdt uit een 'oorlog van allen tegen allen'. De wetenschap leert dat iedereen uit een soortgelijk samenraapsel van botten en organen bestaat; daaruit volgt dat mensen van nature gelijk zijn.<sup>70</sup> Van natuurlijke feodale of anderszins hiërarchische verhoudingen wil Hobbes niets weten. Dat betekent geenszins dat *kunstmatige* gezagsverhoudingen ongewenst zijn. God schiep de mens, maar zou het aan hemzelf hebben overgelaten om een staat te creëren. Het door mensen gecreëerde staatslichaam, 'made, set together and united' middels een sociaal contract, '[should] resemble that *fiat*, or the *let us make men*, pronounced by God in the creation'.<sup>71</sup> Als *mens* is het rechtssubject in Hobbes' ogen geschapen door God; als *burger*, daarentegen, is hij zijn eigen schepper, waarbij hij zich voegt naar het gezag van een denkbeeldige reus die hoog boven natuurlijke menselijke lichamen uittorent.

Juist doordat de hobbesiaanse mens zich stelt onder het absolute gezag van de staatsreus neemt hij anderzijds zijn lotsbestemming in eigen hand. Het sociale contract dat Hobbes zich daarbij voorstelt is allerminst een contract tussen de *soeverein* enerzijds en de *burgers* anderzijds, maar behelst slechts een afspraak tussen burgers *onderling*. Hobbes' contract wordt gesloten onder de voorwaarde dat 'every man should say to every man: I authorise and give up my right of governing myself to this man, or to this assembly of men, on this condition; that thou give up, thy right to him, and authorise all his actions in like manner'.<sup>72</sup> De soeverein zelf is bij de overeenkomst geen partij en kan daarom onmogelijk worden beschuldigd van contractbreuk. Een op ongeschreven of geschreven recht berustende 'rechtsband' (*vinculum iuris*) tussen de burgers en het staatsgezag ontbreekt. Van een recht op opstand is daarom in beginsel geen sprake.<sup>73</sup> Onrecht van de soeverein jegens zijn onderdanen is sowieso niet mogelijk. '[E]very subject', redeneert

69 *Leviathan* 2: 'From hence it is that the schools say heavy bodies fall downwards out of an appetite to rest, and to conserve their nature in that place which is most proper for them; ascribing appetite and knowledge [...] to things inanimate, absurdly.'

70 *Leviathan* 15: 'If nature [has] made men equal, that equality is to be acknowledged. [...]. And therefore for the ninth law of nature I put this, 'that every man acknowledge another for his equal by nature.'

71 *Leviathan*, inleiding.

72 *Leviathan* 17; zie ook *Leviathan* 18: 'A commonwealth is said to be instituted when a multitude of men do agree, and covenant, every one with every one, that to whatsoever man, or assembly of men, shall be given by the major part the right to present the person of them all [...]; every one [...] shall authorize all the actions and judgments of that man, or assembly of men, in the same manner as if they were his own, to the end to live peaceably amongst themselves, and be protected against other men.'

73 Zie verder o.a. Janse 2000, p. 56-57.

Hobbes, 'is author of all the actions and judgments of the sovereign instituted; it follows, that whatsoever he does, it can be no injury to any of his subjects; nor ought he to be by any of them accused of injustice.' Wie handelt op gezag van een ander, meent Hobbes, kan nooit onrecht plegen jegens degene op wiens gezag hij handelt. Natuurlijk: 'they that have sovereign power' kunnen zich soms onbehoorlijk gedragen; van 'injustice, or injury in the proper signification' kan daarbij echter geen sprake zijn.<sup>74</sup> Volgens dezelfde hobbesiaanse logica zou het staatsgezag geen burgerlijke vrijheden kunnen aantasten. Ter verlossing uit private afhankelijkheidsverhoudingen hebben de burgers vrijwillig afstand gedaan van hun rechten jegens de soeverein. Zelfs wanneer deze tiranniek opereert, is hij geen onderdrukker maar bevrijdt hij hen juist uit de verhoudingen die hen zonder het sociale contract zouden beknellen.<sup>75</sup>

De gehoorzaamheidsplicht van de burgers ten opzichte van de soeverein is daarmee totaal; voor publiekrechtelijke subjectieve rechten is in de hobbesiaanse staat geen enkele ruimte. 'The sovereign', schrijft Hobbes, 'is not subject to the civil laws'; het staat hem immers geheel vrij 'to make and repeal laws', zodat hij zich, wanneer hij wil, op elk moment kan bevrijden van wetten die hem hinderen door deze te vervangen door nieuwe.<sup>76</sup> Vanwege dergelijke stellingnamen wordt Hobbes' leer wel in verband gebracht met wetspositivistische bevelstheorieën als die van Austin.<sup>77</sup> Dezelfde associatie wordt opgeroepen door Bodin, die het geldende recht omschrijft als 'le droit commandement de celui [...] qui [a] toute puissance par-dessus les autres sans exception de personne'. In het bijzonder besteedt Bodin daarbij aandacht aan de 'erga-omnes-werking' van wettelijke bevelen, die steeds betrekking hebben op 'tous les sujets en général [...] et chacun [...] en particulier'.<sup>78</sup> Inderdaad doen de ideeën van Hobbes en Bodin ergens wel denken aan het wetspositivisme; niet anders dan Austin gaan Hobbes en Bodin er immers van uit dat het positieve recht volledig samenvalt met de door de soeverein afgekondigde bevelen.<sup>79</sup> Anderzijds miskent de vergelijking met het wetspositivisme dat de stelsels van Bodin en Hobbes uiteindelijk gefundeerd zijn op de natuurrechtelijke notie dat overeenkomsten met anderen niet mogen worden geschonden ('pacta sunt servanda'). De ultieme bron van de absolute gehoorzaamheidsplicht van de burgers is daarmee niet gelegen in de bevelen van de soeverein, maar in de individuen zelf, die immers elk afzonderlijk met diens almacht zouden hebben ingestemd.<sup>80</sup>

De natuurrechtelijke oriëntatie van de theorieën van Hobbes en Bodin neemt in ieder geval niet weg dat het stelsel dat zij schetsen een uiterst 'dun' rechtsbegrip hanteert. Voor zover de wet zwijgt, beschikken de burgers van Hobbes' staatskunstwerk over volledige

74 *Leviathan* 18.

75 *Leviathan* 21: 'As when a man throws his goods into the sea for fear the ship should sink, he does it nevertheless very willingly, and may refuse to do it if he will; it is therefore the action of one that was free.' Angst en dwang sluiten wilsvrijheid dus niet uit. Zie over deze intrigerende passage verder o.a. Van Liederkerke 2007, p. 136 e.v.

76 *Leviathan* 26.

77 Zie o.a. Cotterell 1989, p. 59.

78 *SLR* 1.10.

79 *Leviathan* 26: 'The legislator in all commonwealths is only the sovereign, be he one man, as in a monarchy, or one assembly of men, as in a democracy or aristocracy. [...] [T]he legislator is he that [...] prescribes and commands the observation of those rules which we call law.'

80 Zie ook Janse 2000, p. 111.

vrijheid, strikt negatief begrepen als 'the absence of opposition'.<sup>81</sup> 'In cases where the sovereign has prescribed no rule', schrijft Hobbes, 'there the subject has the liberty to do, or forbear, according to his own discretion.'<sup>82</sup> De door een formeel legaliteitsbeginsel beschermde vrijheid van de burger en de almacht van de staat zijn daarbij elkaars spiegelbeelden. Voor zover de soeverein bevelen heeft uitgevaardigd, geldt zijn absolute wil; in gevallen waarin hij dat niet heeft gedaan, is het rechtssubject in even absolute zin vrij om te doen wat hem goed dunkt. Iets soortgelijks geldt voor rechten jegens medeburgers. Van een eigendomsrecht jegens de soeverein, bijvoorbeeld, kan in Hobbes' ogen geen sprake zijn; ten opzichte van andere burgers kan het echter onverkort worden ingeroepen.<sup>83</sup> Hetzelfde geldt voor de leer van Bodin, die een 'horizontale', 'privaatrechtelijke' as van gelijke vrijheid creëert van burgers jegens burgers, maar ook een 'publiekrechtelijke', strikt 'verticale' as die volledig wordt beheerst door de soeverein, jegens wie burgerlijke subjectieve rechten zijn uitgesloten. Slechts aan God laat hij de niet eenvoudige taak de soeverein in de uitoefening van zijn almacht te controleren en bij te staan.<sup>84</sup>

## 5. HET PRIMAAT VAN HET ALGEMENE

De idee van een staatskunstwerk als enige uitweg uit natuurlijke onderlinge afhankelijkheidsverhoudingen is verder uitgewerkt door filosofen als Locke, Rousseau en Kant. Anders dan de absolutisten beschouwen zij het staatskunstwerk niet zozeer als een instrument ter beheersing van een onleefbare natuurtoestand, maar veeleer als een waarborg voor de bescherming van onvervreembare individuele rechten. Van maatschappelijke consequenties dient het recht daarom vergaand te abstraheren. Veeleer is hun staatskunstwerk gericht op de mens als een 'doel op zichzelf', waarbij het individuele rechtssubject steeds over een onaantastbare ruimte beschikt die ook door de overheid steeds moet worden gerespecteerd. Locke, bijvoorbeeld, betoogt dat het sociale contract nooit kan inhouden dat individuen zich onder de 'absolute, arbitrary power' van anderen stellen.<sup>85</sup> Zelfs wanneer hij het zelf zou willen, kan het individu zijn meest fundamentele rechten volgens Locke nooit uit handen geven. Omdat hij aan God toebehoort, kan de individuele mens over deze rechten namelijk niet vrij beschikken; daarom gelden zij in zijn contract-sleer als onvervreembbaar. Alleen voor zover het staatsgezag ten dienste staat van deze onvervreembare rechten is het legitiem.<sup>86</sup> Die beperking geldt zelfs voor de wetgever als

81 *Leviathan* 21: 'Liberty, or freedom, signifies (properly) the absence of opposition; by Opposition, I mean external impediments of motion.'

82 *Leviathan* 21. Vgl. ook *Leviathan* 26: 'The liberty of a subject lies therefore only in those things which, in regulating their actions, the sovereign has praetermitted.'

83 *Leviathan* 29: 'A [...] doctrine, that tends to the dissolution of a commonwealth, is, that every private man has an absolute propriety in his Goods; such, as excludes the right of the sovereign. Every man has indeed a propriety that excludes the right of every other subject: and he has it only from the sovereign power [...]. But if the right of the sovereign also be excluded, he cannot perform the office they have put him into; which is, to defend them both from foreign enemies, and from the injuries of one another [...].'

84 Zie o.a. *SLR* 2.5: '[L]e sujet n'a point de juridiction sur son prince, duquel dépend toute puissance et autorité de commander.'

85 *STG* 4.23.

86 Zie o.a. *STG* 8.94: '[G]overnment has no other end but the preservation of property'. Vgl. verder o.a. 11.137, waarin Locke stelt dat staatsmacht alleen legitiem kan worden uitgeoefend 'to preserve [men's] lives, liberties and fortunes, and by stated rules of right and property to secure their peace and quiet'.



de ‘supreme power’ binnen de staat. Publieke bevoegdheden worden dus steeds uitgeoefend in het ‘publieke vertrouwen’ (*public trust*) dat zij slechts worden aangewend voor de ‘preservation of the society, and [...] of every person in it’.<sup>87</sup> Zodra dit vertrouwen wordt beschaamd, hebben de burgers volgens Locke het recht het sociale contract te verbreken en het recht in eigen hand te nemen.<sup>88</sup>

Anders dan bij Hobbes en Bodin is de uitoefening van staatsmacht bij Locke dus nooit absoluut, maar steeds gebonden aan een ongeschreven vertrouwensnorm die Locke ontleent aan de ‘law of Nature’ en dus aan het positieve recht voorafgaat.<sup>89</sup> Anders gezegd: tussen staatsgezag en rechtssubject bestaat volgens Locke een fundamentele rechtsband waarvan het bestaan door Bodin en Hobbes juist wordt ontkend. Waar de absolutistische leer slechts uitgaat van contractuele gebondenheid tussen burgers onderling, berust Lockes contract op een vertrouwensband tussen burgers en het staatsgezag waaraan geen van de partijen zich kan onttrekken. Lockes staatskunstwerk staat daarmee sterk in het teken van de bescherming van onvervreemdbare individuele rechten, waarbij het niet alleen kan gaan om rechten jegens medeburgers, maar ook om rechten jegens het staatsgezag. Die liberale leer bevat volgens critici de zwakte dat zij individuele rechtssubjecten weliswaar vrijwaart van ongerechtvaardigd overheidsingrijpen, maar niet kan beschermen tegen afhankelijkheidsverhoudingen tussen particuliere rechtssubjecten onderling. Waar de absolutistische staatskunstwerken zijn opgericht om individuen uit dergelijke verhoudingen te bevrijden, berust Lockes contractsleer volgens Strauss bijvoorbeeld slechts op de verborgen wens tot ‘conservation and defense’ van de private machtsposities van de ene ten koste van de andere partij.<sup>90</sup> Vooral Lockes opvatting van het eigendomsrecht moet het daarbij vaak ontgelden. Zo ziet Macpherson in Lockes staatskunstwerk weinig anders dan de retorische verdediging van een ‘possessive individualism’ dat alleen bevrijdend werkt voor ‘propertied members of society’, maar armen en behoeftigen in de kou laat staan.<sup>91</sup> Strauss laat zich door dergelijke retoriek niet misleiden en herkent in Lockes staatsleer zonder meer ‘the spirit of capitalism’ die wordt gepresenteerd als een uitvloeisel van de natuurwet, maar in feite slechts berust op ‘evil concupiscence’.<sup>92</sup>

Hoewel dergelijke bezwaren tegen Lockes liberale ideeën sterke nuancering verdienen,<sup>93</sup> verklaren zij toch mede waarom de invloed van zijn staatsleer op het continent in vergelijking met het Engelse en Amerikaanse recht beperkt is gebleven.<sup>94</sup>

87 STG 11.134; vgl. verder o.a. 15.171: ‘Political power is that power, which every man [...] has given up into the hands of the society, and therein to the governors [...] with this express or tacit trust, that it shall be employed for their good, and the preservation of their property.’ Zie voor de romeinsrechtelijke wortels van Lockes notie van ‘public trust’ verder De Wilde 2011.

88 STG 13.149: [T]here remains still in the people a supreme power to remove or alter the legislative, when they find the legislative act contrary to the trust reposed in them’. Vgl. voor de uitvoerende macht o.a. 13.155. In extreme gevallen komt het staatsverband zelfs van rechtswege te vervallen, waardoor de oorspronkelijke natuurtoestand van volmaakte vrijheid en gelijkheid vanzelf herleeft. Zie o.a. 19.221.

89 Zie o.a. STG 11.142.

90 Strauss 1953, p. 229, onder verwijzing naar Hobbes, *Leviathan* 15, waarin hij stelt dat de wens tot gedeeltelijke instandhouding van de natuurtoestand slechts kan berusten op ‘conclusions or theorems concerning what conduces to the conservation and defence’ van de eigen dominantie over anderen.

91 Macpherson 1962, p. 221.

92 Strauss 1953, p. 247.

93 Zie o.a. De Wilde 2013, met verdere verwijzingen.

94 Zie o.a. Alder 2015, p. 125-128.

Continentalere rechtsculturen zijn meer centralistisch van aard en dragen veeleer het stempel van Rousseau en Kant, die eveneens uitgaan van een autonome, aan individuen van nature toekomende vrijheid. In afwijking van Lockes ideeën laten Rousseau en Kant geen ruimte aan subjectieve rechten jegens het staatsgezag die vanuit de natuurtoestand reteren. Met oude feodale afhankelijkheidsverhoudingen kan het staatskunstwerk alleen korte metten maken wanneer de transformatie van een 'natuurlijke' naar een 'burgerlijke' toestand totaal is. Dat neemt niet weg dat de willekeur van de hobbesiaanse soeverein ook voor Rousseau en Kant een voornaam schrikbeeld is. Zo betoogt Rousseau dat Hobbes' sociale contract de kwaal die het tracht te verhelpen niet verlicht, maar juist verhevt. De absolute leer verhult slechts een 'adroite usurpation' die geen burgerlijke vrijheid vestigt, maar slechts gericht is op 'le profit de quelques ambitieux'.<sup>95</sup> Mensen verschillen volgens Rousseau van dieren doordat zij beschikken over een natuurlijk 'vrijheidsbewustzijn' ('conscience de la liberté'), dat concreet naar voren komt in hun 'puissance de vouloir ou plutôt de choisir'.<sup>96</sup> Het argument dat de absolute staat de mens verlost van een karig bestaan in de natuurtoestand vindt bij Rousseau geen gehoor.<sup>97</sup> Een legitiem staatskunstwerk respecteert de wils- en keuzevrijheid van zijn burgers; elk sociaal contract dat daarvan afwijkt, ontdoet de contractanten van hun menselijke waardigheid.<sup>98</sup>

Dat wil allerm minst zeggen dat Rousseau het rechtssubject aan zijn natuurlijke lot wenst over te laten. Van idealisering van 'le bon sauvage' of ander primitivisme is in Rousseaus contractsleer geen sprake.<sup>99</sup> In de natuur geldt slechts een immoreel 'droit du plus fort' dat welbeschouwd geen recht zou mogen heten.<sup>100</sup> Omdat de sterkere nooit sterk genoeg is om zijn heerschappij definitief te vestigen, wordt de natuurtoestand gekenmerkt door allerlei vormen van chaos en rampspoed die met het voortbestaan van menselijk leven onverenigbaar zijn.<sup>101</sup> De contracten van Hobbes en Locke zijn geen oplossing, omdat geen van beide de natuurtoestand werkelijk beëindigt. Hobbes' contract verdeelt de contractanten volgens Rousseau slechts in kudden vee, elk met een eigen leider die hen slechts hoedt om hen uiteindelijk te verslinden. Beroofd van de zeggenschap over zichzelf kunnen zij hun menszijn niet vervullen en rest hun hooguit het bestaan van weldoorvoede beesten.<sup>102</sup> Ook met Lockes staatskunstwerk schieten de burgers weinig op. Een sociaal verdrag waarbij de contractanten natuurlijke onvervreembare rechten achter de hand houden, heft de natuurtoestand niet werkelijk op, zodat de 'zwakkere' nog

95 *Discours de l'inégalité*, tweede deel.

96 *Discours de l'inégalité*, eerste deel.

97 Zie verder onder andere Achterhuis 2007, p. 146 e.v.

98 Zie o.a. CS 1.4: 'Renoncer à sa liberté, c'est renoncer à sa qualité d'homme'.

99 In tegenstelling tot wat vaak wordt gedacht komt 'le bon sauvage' in Rousseaus werk niet voor, ook niet in *Émile* of *De l'éducation* uit 1762. De idee van de 'noble savage' stamt uit Drydens *The Conquest of Granada* uit 1672. Zie over het weinig 'primitivistische' karakter van Rousseaus politieke filosofie o.a. Lovejoy 1923.

100 CS 1.3: '[La] force ne fait droit'.

101 CS 1.6: 'Le genre humain périrait s'il ne changeait sa manière d'être'.

102 CS 1.2: 'Ainsi voilà l'espèce humaine divisée en troupeaux de bétail, dont chacun a son chef, qui le garde pour le dévorer. [...] [I]ls aiment leur servitude comme les compagnons d'Ulysse aimaient leur abrutissement.'



steeds zal moeten buigen voor het ‘recht’ van de ‘sterkere’.<sup>103</sup> De natuurtoestand duurt dan in feite voort, waarbij de oude feodale afhankelijkheidsrelaties hooguit worden ingeruild voor nieuwe vormen van ongelijkheid en achterstelling. Evenals Hobbes, wiens tirannieke stelsel de natuurtoestand niet beëindigt maar in verhevigde vorm laat voortbestaan, laat Locke zijn contractanten op die manier geketend achter. ‘L’homme est né libre, et partout il est dans les fers’, verzucht Rousseau in zijn weezin tegen die situatie ter opening van zijn verhandeling over het sociale verdrag.<sup>104</sup>

Hoe kan nu een sociaal verdrag worden geconstrueerd dat de mens werkelijk uit zijn natuurlijke ketenen bevrijdt en de zeggenschap over zijn eigen leven tegelijkertijd volledig intact laat? Allereerst stelt Rousseau vast dat de contractanten hun natuurlijke rechten geheel zullen moeten inleveren; alleen een ‘aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté’ kan een definitief einde maken aan het ‘droit du plus fort’ van de natuurtoestand.<sup>105</sup> De transformatie van de ‘l’état de nature’ naar ‘l’état civil’ behoort dus een volledige te zijn.<sup>106</sup> Alleen op die manier kan de natuurlijke ‘liberté naturelle’ worden omgezet in een ‘liberté civile’ die het ‘droit du plus fort’ voortaan uitbant.<sup>107</sup> Daarbij leveren de contractanten zich niet uit aan een soeverein, maar aan het geheimzinnige concept van de ‘volonté générale’, die niet zozeer weergeeft zij werkelijk willen, maar wat zij willen voor zover zij niet door hun eigen particuliere belangen worden ‘misleid’.<sup>108</sup> In geen geval dient de ‘algemene wil’ te worden verward met de ‘volonté de tous’ als de resultante van de ‘bijzondere willens’ van alle burgers afzonderlijk. Anders dan de ‘wil van allen’ oriënteert de ‘volonté générale’ zich niet op ieders ‘intérêt privé’ als leidend beginsel in de natuurtoestand, maar uitsluitend op het ‘intérêt commun’ als abstracte maatstaf van een civiele moraliteit. Wanneer het niet in delen uiteenvalt, maar als geheel beraadslaagt, los van ieders particuliere belangen, is het volk volgens Rousseau onfeilbaar.<sup>109</sup>

De notie van de ‘volonté générale’ behoort tot de grootste raadsels van de politieke filosofie.<sup>110</sup> Zo blijft onduidelijk in hoeverre Rousseau werkelijk meent dat individuele burgers hun natuurlijke gerichtheid op hun eigen belangen ooit zouden kunnen inwisselen voor het abstracte ideaal van een ‘algemene wil’.<sup>111</sup> Velen zien in Rousseaus staatskunstwerk daarom een ‘Hobbesiaanse Leviathan ‘à tête coupée’ waarbij individuele

103 CS 1.6: ‘[S]’il restait quelques droits aux particuliers [...], l’état de nature subsisterait et l’association deviendrait nécessairement tyrannique ou vaine.’

104 CS 1.1.

105 CS 1.6.

106 Zie o.a. CS 1.8, waarin de ‘passage de l’état de nature à l’état civil’ wordt aangemerkt als een ‘changement très remarquable’.

107 CS 1.8: ‘[C]e que l’homme perd [...] c’est sa liberté naturelle et un droit illimité à tout ce qui le tente et qu’il peut atteindre; ce qu’il gagne, c’est la liberté civile et la propriété de tout ce qu’il possède.’

108 CS 2.3: ‘On veut toujours son bien, mais on ne le voit pas toujours.’

109 CS 2.3: ‘[L]a volonté générale est toujours droite.’

110 Vgl. o.a. Riley 1986, p. 3 e.v., die zelf verheldering tracht te brengen door de ‘algemene wil’ te duiden als de seculiere uitwerking van een theologisch leerstuk dat kort gezegd inhoudt dat Gods wil zich slechts op abstracte wijze in de wereld openbaart in algemene wetmatigheden en met concrete aardse gebeurtenissen niets van doen heeft. Zie verder o.a. Van Roermund 1989, p. 19 e.v.

111 Rawls 2007, p. 217.

rechtsposities rücksichtslos moeten wijken voor de dictatuur van de volkswetgever.<sup>112</sup> Die interpretatie doet echter te weinig recht aan het sterk *hypothetische* karakter ervan, dat door het grootschalige politiek misbruik van zijn theorie al kort na verschijning van *Du contrat social* vaak niet meer goed werd begrepen.<sup>113</sup> In geen geval kan zijn model ooit een rechtvaardiging zijn voor tirannie of onderdrukking. Alle onduidelijkheid over zijn ideeën ten spijt kan over het geweldloze en op de bevrijding van individuen gerichte karakter van zijn theorie geen misverstand bestaan; zo signaleert Martin terecht dat Rousseau 'discredited force as a basis for the State, convinced men that authority was legitimate only when founded on rational consent and that no arguments from passing expediency could justify a government in disregarding the claims of individual freedom'.<sup>114</sup> Het concept van de algemene wil stelt daarbij de algemene, op de abstracte orde gerichte oriëntatie van het recht voorop zonder de singulariteit van het individu uit het oog te verliezen.<sup>115</sup> Sterker nog: ieders gelijke vrijheid kan slechts gestalte krijgen onder de 'suprême direction de la volonté générale', waarbij het individu zich welbeschouwd niet uitlevert aan anderen, maar alleen aan zichzelf als zijn eigen wetgever.<sup>116</sup>

Met de filosofie van Kant bereikt het 'autonome' pleidooi voor wilsvrijheid en zelfbeschikking van de individuele mens als 'doel op zichzelf' een theoretisch hoogtepunt. Hoewel de maximale verwezenlijking van ieders autonome vrijheid ook in Rousseaus contractsleer een centraal punt van aandacht is, worden diens contractanten toch ook gedreven door de wens tot zelfbehoud als een meer praktisch doel. Kants staatsleer is abstracter van aard. Veel meer dan zijn voorgangers expliciteert hij dat de idee van een oorspronkelijk contract op geen enkele wijze een historische realiteit reflecteert, maar slechts bedoeld is als gedachte-exercitie 'nach der die Rechtmäßigkeit [des Staates] allein gedacht werden kann'.<sup>117</sup> Kants staatsleer berust daarmee niet op een werkelijk *Wollen*, maar slechts op een categorisch *Sollen*, waarbij hij de staat aanmerkt als een essentiële voorwaarde voor het bestaan van een 'rechtlicher Zustand' waarop de menselijke rede van nature is gericht. Op die manier vermijdt Kant enkele moeilijkheden die Rousseau parten spelen.<sup>118</sup> Om te beginnen is Kants contractsleer minder ontvankelijk voor de nuchtere tegenwerping dat staten over het algemeen niet ontstaan op grond van 'voluntary subjection

112 Zie, onder veel meer, Van Eikema Hommes 1981, p. 137. Berucht in dit verband is CS 1.7, waar Rousseau spreekt van een 'dwang tot vrijheid' voor degenen die de 'algemene wil' niet erkennen ('on le forcera à être libre').

113 Sénac de Meilhan meldt reeds in 1795 dat Rousseaus werk slechts door weinigen echt wordt gelezen en haast door niemand goed wordt begrepen. Zie Sénac de Meilhan 1814 [1795], p. 142-143: '*Le Contrat social* de J.-J. Rousseau renferme des idées conformes au système de liberté illimitée qui a été adopté; mais ce livre profond et abstrait était lu et entendu de bien peu de gens. [...] C'est quand la Révolution a été entamée, qu'on a cherché dans [...] Rousseau, des armes pour soutenir le système vers lequel entraînait l'effervescence de quelques esprits hardis.' Daarnaast behoren ook Marx en Fidel Castro tot Rousseaus ideologische 'fellow travellers'. Zie o.a. Martin 1962, p. 277 e.v.; vgl. ook Miller 1984, p. 1-2 voor Fidel Castro's claim dat hij 'fought Battista with a copy of the social contract in his pocket'.

114 Zie o.a. Martin 1962, p. 219.

115 Van Roermund 1989, p. 19 e.v.; zie ook Riley 1986, p. 181-182.

116 CS 1.7.

117 MS 6.315. Zie ook MS 6.312, waar Kant opmerkt dat de noodzaak tot een contract niet in de 'Erfahrung' van natuurlijke menselijke boosaardigheid is gelegen, maar slechts in de plicht die op individuen zou rusten om 'in einen Zustand zu treten, darin jedem das, was für das Seine anerkannt werden soll, *gesetzlich* bestimmt'.

118 Vgl. o.a. Riley 1982, p. 126.

of the people', maar slechts 'upon usurpation or conquest, or both'.<sup>119</sup> Daarnaast is Kants theorie niet vatbaar voor het bezwaar dat burgers zich in de praktijk veelal slechts op hun *eigen* belangen oriënteren, zodat een onverdeelde 'algemene wil' in de werkelijkheid nooit tot stand kan komen. Expliciet er dan Rousseau maakt Kant duidelijk dat zijn staatsleer niet berust op hetgeen contractanten werkelijk willen, maar op wat zij *zouden willen* wanneer zij zich op geen enkele wijze laten leiden door de onzuivere 'Triebfeder' van het gevoel, maar slechts door het onfeilbare 'reine Vernunft'.<sup>120</sup>

Daartoe redeneert Kant als volgt. Vrijheid, begrepen als de 'Unabhängigkeit von eines anderen nötigender Willkür', is een 'angeborenes', 'jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehendes Recht' dat ook een 'angeborene Gleichheit' impliceert.<sup>121</sup> In de natuurtoestand wordt menselijk samenleven gestructureerd door persoonlijke afhankelijkheidsverhoudingen en komt van die aangeboren gelijke vrijheid niets terecht.<sup>122</sup> De enige uitweg uit dergelijke verhoudingen is volgens Kant de oprichting van een staatskunstwerk dat eenieder verplicht 'sich einem öffentlich gesetzlichen äußeren Zwange zu unterwerfen', dat wil zeggen, zich in zijn uitwendige handelingen te onderwerpen aan een 'bürgerlicher Zustand' waarin algemeen geldende 'Rechtsgesetze' de gelijke vrijheid van eenieder zo goed mogelijk beschermen.<sup>123</sup> Het recht zou daarmee op te vatten zijn als 'der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann'.<sup>124</sup> Elk afzonderlijk rechtssubject is voor Kant een 'Zweck an sich selbst' dat nooit mag worden ingezet als 'Mittel zum beliebigen Gebrauche für diesen oder jenen Willen'.<sup>125</sup> Dat uitgangspunt kan alleen gedijen wanneer algemene rechtsregels *in abstracto* worden gehandhaafd, zodat elk lid van de rechtsgemeenschap steeds niets meer of minder dan 'het zijne' krijgt toebedeeld. Uitoefening van staatsmacht dient zich in geen geval te oriënteren op particuliere verhoudingen, maar uitsluitend op de juiste verdeling van rechten en goederen binnen de gemeenschap als geheel. Met aristotelische 'billijkheid' of andere 'relationele' beginselen heeft de rechtsstaat voor Kant niets te maken; zijn rechtsleer staat slechts in het abstracte teken van 'die größte Übereinstimmung' van het staatskunstwerk met algemene rechtsprincipes.<sup>126</sup>

Kants rechtsleer kan moeilijk worden begrepen zonder acht te slaan op zijn 'duale Anthropologie'.<sup>127</sup> De mens beschikt volgens hem over een 'dubbele natuur', waarbij hij enerzijds valt te beschouwen als *homo phaenomenon* ('de mens als verschijnsel'), die niet

119 Hume, *Original Contract* 2.4: 'Almost all the governments which exist at present, or of which there remains any record in story, have been founded originally either on usurpation or conquest or both, without any pretense of a fair consent or voluntary subjection of the people.'

120 Zie o.a. Kant, *GMS* 4.390; vgl. ook Riley 1982, p. 127.

121 *MS* 6.237.

122 In de natuurtoestand handelt eenieder zoals 'ihm recht und gut dünkt'. Zolang iedereen op die manier 'seinem eigenen Kopfe folgt', ontgaat menselijke samenleving in een voortdurend conflict, waarbij de heerschappij van de een over de ander onvermijdelijk is. Zie *MS* 6.312-313.

123 *MS* 6.312.

124 *MS* 6.238.

125 *GMS* 4.428; vgl. verder o.a. *MS* 6.331: '[D]er Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt [...] werden, wiewider ihn seine angeborene Persönlichkeit schützt.'

126 *MS*, 6.318.

127 Vgl. o.a. Heller 1990, p. 105.

anders dan dieren slechts de slaaf is van zijn eigen lusten en daarom slechts geldt als 'the passive channel through which natural forces find their enactment'.<sup>128</sup> Anderzijds is hij toch ook *homo noumenon* ('de mens als redelijk wezen') en beschikt hij over de zuivere rede als instrument waarmee hij zich aan zijn onzuivere natuurlijke drijfveren kan onttrekken. Alleen als 'vernünftiges Wesen' beschikt de mens aldus over een 'Autonomie des Willens' en valt hij te beschouwen als een vrij wezen, 'eine von physischen Bestimmungen unabhängige Persönlichkeit'.<sup>129</sup> Alleen een 'wil' die is gezuiverd 'von allem, was nur empirisch sein mag' is een 'guter Wille', waarmee de mens zich als 'noumenaal wezen' onderscheidt van dingen en dieren. *Moreel* is de mens volgens Kant daarom verplicht zich slechts te laten leiden door 'Bewegungsgründe die [...] völlig *a priori* bloß durch Vernunft vorgestellt werden'; alleen op die manier zou hij zijn menselijkheid tot ontwikkeling kunnen brengen.<sup>130</sup> Die categorische moraal kan echter nooit dwingend aan rechtssubjecten worden opgelegd. Handelingen dragen slechts morele betekenis indien zij niet worden verricht uit vrees voor straf of andere juridische consequenties, maar slechts berusten op de autonome keuze van het subject zelf.<sup>131</sup> *Juridische* plichten beperken zich daarom tot de 'äussere Gesetze', die 'Gesetze der Freiheit' heten omdat zij de autonome vrijheid van elk afzonderlijk rechtssubject zo veel mogelijk afstemmen op dezelfde autonome vrijheid van ieder ander. Alleen categorische handhaving van die wetten resulteert in gelijke vrijheid voor alle rechtssubjecten, waarbij ieder steeds 'het zijne' krijgt toebedeeld.<sup>132</sup>

## 6. HET 'ONBEPAAALDE ZELF'

In Rawls' notie van een 'reflectief evenwicht' als uitkomst van imaginair overleg tussen rationele, van elke bepaaldheid geabstraheerde individuen zijn de sporen van de 'autonome' traditie duidelijk herkenbaar. Met Locke deelt Rawls het uitgangspunt dat elk afzonderlijk individu over een intrinsieke waarde beschikt waarmee in beginsel niet mag worden gemarchandeerd.<sup>133</sup> Evenals Rousseau en Kant veronderstelt Rawls echter dat een staatskunstwerk dat zich eenzijdig oriënteert op 'onvervreembare' individuele rechten zal ontaarden in een stelsel waarin het individu zich niet kan bevrijden uit private afhankelijkheidsrelaties. Daarom herhaalt Rawls Kants standpunt dat de gelijke vrijheid van elk afzonderlijk individu slechts kan worden gerealiseerd voor zover een universele regel de vrijheden van elk afzonderlijk rechtssubject op elkaar afstemt. Daartoe is vereist dat de contractanten zich volledig onderwerpen aan een 'principle of equal liberty' dat vereist dat de 'most extensive scheme of liberties' van elk afzonderlijk rechtssubject

128 Scruton 1982, p. 64-65.

129 *MS* 6.239.

130 *GMS* 4.390-391.

131 Sterker nog: de dreiging met juridische consequenties valt veeleer te beschouwen als een 'Hindernis zur Moralität', zodat juridische plichten tot een minimum beperkt moeten blijven. Zie o.a. *KPV* 5.139; '[E]ine jede Verminderung der Hindernisse einer Tätigkeit [...] ist Beförderung dieser Tätigkeit selbst'.

132 *MS* 6.230.

133 Vgl. o.a. Freeman 2007, p. 43.

slechts wordt begrensd door een ‘similar scheme of liberties’ voor anderen.<sup>134</sup> Een echo van Rousseaus ‘volonté générale’ is daarnaast herkenbaar in het ‘difference principle’, dat sociale en economische verschillen tussen burgers slechts legitiem acht wanneer zij uiteindelijk in ieders voordeel zijn.<sup>135</sup> De leren van Rousseau en Kant liggen voor Rawls overigens in elkaars directe verlengde. Vrijheid, schrijft Rawls terecht, behelst volgens Rousseau in essentie dat het subject slechts gebonden is aan regels die het zichzelf oplegt; Kants sociale en politieke filosofie valt daarbij te beschouwen als een poging dat ‘autonome’ standpunt te verdiepen en verder te rechtvaardigen.<sup>136</sup>

Met die opvatting sluit Rawls aan bij het ‘autonome project’ dat het individuele rechtssubject beoogt te bevrijden uit voorheen vanzelfsprekende sociale verbanden. In feodale tijden, schrijft Walzer, ‘the social and political world was conceived as an organic and integrated whole’ waarvan individuen onlosmakelijk deel uitmaakten. ‘Confronting this world’, vervolgt hij, ‘liberal theorists [...] drew lines, marked off different realms, and created the sociopolitical map with which we are still familiar’. Het ‘autonome bevrijdingsproject’ valt daarmee te beschouwen als een ‘art of separation’, waarbij een holistisch wereldbeeld wordt ingeruild voor ‘a world of walls’ waarachter individuen zich kunnen onttrekken aan de mystieke ‘lichamen’ waarvan zij voorheen niet los konden worden gedacht.<sup>137</sup> Dat ‘autonome’ scheidingsproces heeft belangrijke intellectuele wortels in het republikanisme van auteurs als Machiavelli, Bodin en Hobbes. Een theoretisch *summum* bereikt het ‘autonome bevrijdingsproject’ in de filosofie van Kant, wiens ‘duale mensbeeld’ Rawls evenwel niet kan overtuigen. Dat de mens uiteenvalt in een ‘sinnliches Wesen’ (*homo phaenomenon*) en een zuiver ‘vernünftiges Wesen’ (*homo noumenon*) spreekt voor Rawls niet vanzelf. Uiteindelijk berust dat gespleten mensbeeld op een metafysische veronderstelling waarvoor geen empirische aanwijzingen bestaan. Kants theorie ontbeert ‘explicable connections with human conduct’, zodat de door hem gevonden, op zichzelf ook door Rawls onderschreven rechtsprincipes uiteindelijk onvoldoende aannemelijk zouden kunnen worden gemaakt.<sup>138</sup>

Met zijn theorie tracht Rawls daarom Kants ‘autonome’, op de handhaving van algemene regels georiënteerde staats- en rechtsleer te plaatsen ‘within the framework of an empirical theory’ die beter aansluit bij werkelijk menselijk gedrag. ‘To develop a viable Kantian conception of justice’, schrijft Rawls, ‘the force and content of Kant’s doctrine must be detached from its background in transcendental idealism’ en in overeenkomst

134 Rawls 1999 [1971], p. 53. Zie ook Rawls 1993, p. 5: ‘Each person has an equal claim to a fully adequate scheme of equal basic rights and liberties, which scheme is compatible with the same scheme for all; and in this scheme the equal basic liberties, and only those liberties, are to be guaranteed their fair value.’ Zie verder Maffettone 2010, p. 53 e.v., waar wordt uitgelegd waarom Rawls de idee van ‘maximizing liberties’ in zijn latere werk loslaat.

135 Rawls 1999 [1971], p. 53; vgl. ook Rawls 1993, p. 6: ‘Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they are to be attached to positions and offices open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they are to be to the greatest benefit of the least advantaged members of society.’

136 Rawls 1999 [1971], p. 225: ‘Kant’s main aim is to deepen and to justify Rousseau’s idea that liberty is acting in accordance with a law that we give to ourselves.’

137 Walzer 1984, p. 315.

138 Rawls 1999 [1971], p. 221 e.v.

worden gebracht met de 'canons of a reasonable empiricism'.<sup>139</sup> Voor Kants metafysisch gefundeerde 'duale anthropologie' is daarbij geen plaats. Ter vervanging daarvan presenteert Rawls zijn denkbeeldige contract als een 'procedural interpretation of Kant's conception of autonomy and the categorical imperative'.<sup>140</sup> De transcendente notie van een 'noumenaal subject' is daarbij niet meer nodig, zodat de 'Kantian doctrine [...] can be [...] presented relatively free from objection', bevrijd als zij voortaan zou zijn van haar 'metaphysical surroundings'.<sup>141</sup> De idee van een hypothetisch contract, gesloten door atomair bestaande, van elke sociale en natuurlijke bepaaldheid geabstraheerde individuen kan echter lang niet iedereen overtuigen. 'A hypothetical contract', schrijft Dworkin bijvoorbeeld, 'is not simply a pale contract, but no contract at all'.<sup>142</sup> Dworkin onderschrijft weliswaar de door Rawls gevonden beginselen, maar merkt daarbij op dat zij slechts bruikbaar zijn als 'intermediate conclusion' op weg naar een 'deeper theory' die voor de juistheid ervan een werkelijke grondslag vormt.<sup>143</sup> Een normatieve theorie die de bepaaldheid van het werkelijke leven geheel links laat liggen, is in essentie 'leeg' en op de complexe realiteit slechts beperkt toepasbaar. Anders dan Rawls meent Dworkin dat ideeën over recht en rechtvaardigheid niet op de ratio *alleen* kunnen worden gefundeerd. Er zit volgens hem daarom niets anders op dan aan te vangen op het bepaalde niveau van de morele intuïties 'that we do in fact accept';<sup>144</sup> pas vervolgens is het zaak een 'two way process' op gang te brengen waarbij die intuïties voortdurend aan redelijke doorschouwing worden onderworpen.<sup>145</sup>

Ook een moderne realist als Posner wijst de normatieve waarde van Rawls' gedachte-experiment van de hand. De rawlsiaanse, van elke sociale en natuurlijke bepaaldheid geabstraheerde mens is volgens Posner niets meer dan een 'lugubrious creature' dat met het werkelijke leven niets van doen heeft. Wie niet het idee heeft dat zijn 'genes are something [he] rented from a common pool' zal door Rawls' gedachte-experiment niet kunnen worden overtuigd.<sup>146</sup> Anders dan Dworkin verzet Posner zich niet alleen tegen de bindende normatieve waarde van Rawls' gedachte-experiment, maar ook tegen de rawlsiaanse beginselen als zodanig. In filosofische zin beroept hij zich daarbij vooral op het pragmatisme van postmoderne denkers als Rorty, die de kenbaarheid van de moraal geheel van de hand wijzen. Morele intuïties berusten volgens hem slechts op sentimenten die voortkomen uit de mens als evolutionair wezen. In geen enkel opzicht zou het menselijk subject wezenlijk verschillen van dieren; aan de noties van een gegeven 'moraal' of een voor mensen uniek 'verstand' hecht Rorty geen geloof.<sup>147</sup> Dergelijke inzichten nodigen volgens Posner uit tot 'an adaptationist conception of morality', waarbij rechtvaardigheid primair wordt beoordeeld aan de hand van de mate waarin een bepaalde handeling bijdraagt

---

139 Rawls 1977, p. 165.

140 Rawls 1999 [1971], p. 226

141 Rawls 1999 [1971], p. 233.

142 Dworkin 1997 [1977], p. 186.

143 Dworkin 1997 [1977], p. 194.

144 Rawls 1999 [1971], p. 19; Dworkin 1997 [1977], p. 193.

145 Dworkin 1997 [1977], p. 199.

146 Posner 1999, p. 51.

147 Rorty 1998, p. 168-169.



aan ‘the survival, or other ultimate goals’ van een samenleving als geheel.<sup>148</sup> Aan de rechtsposities van autonome individuen komt daarbij niet langer zelfstandige waarde toe; in plaats daarvan gaat Posner uit van een model waarin individuele rechten kunnen worden verdisconteerd in het streven naar de maximalisering van de materiële en immateriële ‘wealth of society’, begrepen als ‘the aggregate satisfaction’ van behoeften die op geld kunnen worden gewaardeerd.<sup>149</sup> Hoewel Posner het zelf niet wenst in te zien,<sup>150</sup> sluit hij zich daarmee in feite aan bij de figuur van de utilistische calculus, die de ‘autonome’ idee van een geheimzinnig overwicht van rechten op belangen veronachtzaamt en zich slechts richt op de gehele rechtsgemeenschap als ‘the only true person’.<sup>151</sup>

Ook de fundamentele, meer vanuit de aristotelische traditie geformuleerde kritiek van auteurs als Sandel, Ricoeur en Taylor richt zich op het ‘griezelige wezen’ achter Rawls’ denkbeeldige sluier. Waar Rawls zijn beginselen slechts presenteert als de uitkomst van een neutrale procedure, ziet Sandel in het gedachte-experiment van Rawls’ imaginaire contract veeleer een retorisch ‘verhaal’ dat verhuult dat ook diens theorie van ‘justice as fairness’ berust op een bepaald mensbeeld. Elke staats- en rechtsopvatting berust hoe dan ook op een bepaalde conceptie van ‘het goede leven’; de idee van een ‘procedural republic’ als uitkomst van zuiver rationeel overleg tussen atomair bestaande en volstrekt onbepaalde wezens is volgens Sandel een gevaarlijk drogbeeld.<sup>152</sup> Zelfs Rawls’ sluier van onwetendheid verhuult niet dat zelfs imaginaire contracten alleen kunnen worden gesloten door ‘creatures of a certain kind, related to human circumstance in a certain way’.<sup>153</sup> Atomair bestaande, van elke sociale en natuurlijke bepaaldheid onthechte individuen zijn ondenkbaar. Daarbij gaat Sandel uit van het aristotelische standpunt dat private en publieke verhoudingen met anderen constitutief zijn voor individuen en niet andersom. Zonder relaties met anderen is het immers onmogelijk om een bepaalde identiteit te verwerven en een eigen karakter te ontwikkelen. ‘To imagine a person incapable of [...] attachments’, schrijft Sandel, ‘is [...] to imagine a person wholly without character, without moral depth’.<sup>154</sup> De rawlsiaanse mens, ontdaan van ‘essential aims and attachments’, is in zijn ogen dan ook in geen geval een ‘ideally free and rational agent’, maar slechts een ‘unencumbered subject’ dat niet in staat is tot betekenisvolle morele keuzes.<sup>155</sup> Bij gebrek aan een ‘transcendentiaal subject’ is Rawls’ theorie logisch inconsistent en dus onhoudbaar; de normatieve overtuigingskracht ervan komt wat Sandel betreft daarmee geheel te vervallen.<sup>156</sup>

In zijn uitzonderlijk rijke sociale en politieke filosofie neemt Paul Ricoeur een vergelijkbaar standpunt in. Daarbij gaat hij er evenals Sandel van uit dat nabije en meer distante verhoudingen met anderen vooraf gaan aan individuen en niet andersom. Meer dan Sandel sluit Ricoeur daarbij aan bij filosofen als Heidegger en Gadamer, die in hun hermeneutische denken nadrukkelijk afscheid namen van het cartesische, volledig tot

148 Posner 1999, p. 6.

149 Posner 1981, p. 61.

150 Zie met name Posner 1981, p. 76 e.v.

151 Vgl. o.a. Kronman 1980, p. 227 e.v.; Dworkin 1985, p. 237 e.v.

152 Sandel 1984a, p. 91 e.v.

153 Sandel 1984b, p. 168.

154 Sandel 1984b, p. 172; zie in dezelfde zin o.a. MacIntyre 1981, p. 51 e.v.

155 Sandel 1984b, p. 168-169.

156 Sandel 1984b, p. 175-176.

zichzelf gereduceerde subject. Verhoudingen tot anderen gaan ook volgens Ricoeur aan het individu vooraf en niet andersom. '[l]'ipséité du soi-même', schrijft hij, 'implique l'altérité à un degré si intime que l'une ne se laisse pas penser sans l'autre'.<sup>157</sup> Zonder verhoudingen tot nabije en meer distante anderen kan het individu zijn 'potentialités humaines' niet ontwikkelen en blijft hij slechts een 'esquisse d'homme', een vage 'schets tot een mens' die niet tot verdere uitwerking komt.<sup>158</sup> Taylor betoogt iets soortgelijks wanneer hij het 'dialogical character' van menselijke individualiteit betitelt als een 'crucial feature of the human condition' dat sinds Descartes 'has been rendered almost invisible by the overwhelmingly monological bent of mainstream modern philosophy'. Alleen in verhouding tot anderen '[do] [w]e become full human agents, capable of understanding ourselves, and hence of defining our identity'.<sup>159</sup> Met andere woorden: het menszijn kan nooit worden geabstraheerd van de *bepaaldheid* van concrete en bredere maatschappelijke relaties. De rawlsiaanse notie van het 'onbepaalde zelf' is een illusie, laat staan dat deze volkomen abstracte figuur vanachter zijn 'sluier van onwetendheid' een betekenisvol contract zou kunnen sluiten.

## 7. 'AUTONOME PATHOLOGIEËN'

De kritiek van denkers als Sandel, Ricoeur en Taylor op de 'autonome' idee van het 'onbepaalde zelf' blijft niet beperkt tot de theoretische tekortkomingen ervan. Daarnaast schrijven zij er desastreuze sociale en rechtsculturele consequenties aan toe. 'As bearers of rights, where rights are trumps', schrijft Sandel bijvoorbeeld, 'we think of ourselves as freely choosing individual selves, unbound by obligations antecedent to rights'. De gevolgen daarvan voor het moderne publieke leven zijn haast niet te overzien. Als burgers van een rawlsiaanse 'procedural republic' zijn wij 'more entangled, but less attached than ever before'. Het moderne recht laat ons verweesd achter, gevangen in de gedroomde autonomie van het 'unencumbered self', maar in feite 'less liberated than disempowered'. In Sandels analyse zijn wij schijnbaar vrij maar in wezen 'entangled in a network of associations and involvements' zonder een duidelijk 'common sense of purpose' dat de onontkoombaarheid van dergelijke verhoudingen draaglijk maakt.<sup>160</sup> In verband met recht en rechtspraak is de nadelige uitwerking van de 'autonome traditie' vooral ook uitgewerkt in het recente werk van Axel Honneth, die de theoretische kritiek op het 'autonome bevrijdingsproject' als die van Sandel onderschrijft en daarbij vooral ook voortbouwt op inzichten van vertegenwoordigers van de Frankfurter Schule als Adorno en Habermas. Aan de 'autonome' traditie verbindt Honneth verschillende 'soziale Pathologien' die het moderne maatschappelijk leven ernstige schade toebrengen.<sup>161</sup>

Met de 'antiaristotelische Anthropologie' van denkers als Machiavelli en Hobbes, schrijft Honneth, begon een proces dat uiteindelijk leidde tot allerlei sociale

<sup>157</sup> Ricoeur 1990, p. 14.

<sup>158</sup> Ricoeur 1995a, p. 37-40.

<sup>159</sup> Taylor 1994, p. 32.

<sup>160</sup> Sandel 1984a, p. 94-95.

<sup>161</sup> Honneth 2007, p. 28 e.v.



‘Fehlentwicklungen’ en Störungen’ die menselijk samenleven aanzienlijk bemoeilijken.<sup>162</sup> Daarbij denkt Honneth niet in de eerste plaats aan concreet sociaal onrecht, maar veeleer aan onderliggende ‘Pathologien’ van sociaal gedrag die de ‘reflexiven Zugang zu den primären Handlungs- und Normensystemen’ blokkeren en zo voorkomen dat burgers in staat zijn ‘an maßgeblichen Formen der sozialen Kooperation teilzunehmen’. De ‘autonome’ traditie vervreemdt ons van de ‘normative Grammatik’ waarmee wij intuïtief vertrouwd zijn, zodat een juist gebruik van die ‘primaire grammatica’ niet meer mogelijk is.<sup>163</sup> Die pathologische vervreemding komt volgens Honneth onder meer tot uiting in algemene ‘Tendenzen zur Verhaltenserstarrung, zur Rigidisierung [des] Sozialverhaltens’ die ook voor de rechtspraktijk niet zonder gevolgen blijven. De ‘autonome’ erfenis van contractsdenkers als Hobbes, die het individu van alle natuurlijke verhoudingen tracht te bevrijden, beweegt hun subjecten ertoe zich aan hun rechtsaanspraken vast te klampen en de eigen vrijheid alleen nog in formeel-juridische zin te begrijpen. De sociale verhoudingen waarbinnen rechtsconflicten zijn ingebed raakt daarbij buiten beeld. De moderne idee van ‘eine rechtlich garantierte Privatautonomie’ wordt ‘für das Ganze genommen’ en zelfs ‘zum ausschließlichen Bezugspunkt des eigenen Selbstverständnisses erhoben’. Voor van oudsher vanzelfsprekende ‘intersubjektive Handlungsverpflichtungen’ is daarbij geen plaats.<sup>164</sup>

Onbedoeld beweegt het ‘autonome’ overwicht van rechten op belangen rechts-subjecten ertoe zich wederzijds zozeer ‘auf die Rolle von Rechtsträgern zu kaprizieren’ dat het geschilbeslechtend vermogen van het normale communicatieve handelen buiten beeld raakt. Waar burgers voorheen gewend waren zich in hun onderlinge verhoudingen en conflicten te oriënteren op gedeelde ‘Werte, Normen und Sitten’ zijn zij er heden ten dage veeleer toe geneigd strategische juridische stellingen in te nemen en hun belangen zo mogelijk ‘rechtlich gegen [ihren] Interaktionspartnern durchzusetzen’. Het belang van een principiële ‘Subjektstellung des Menschen’, waarbij het recht ‘für jeden einzelnen’ een ‘negatives Spielraum’ markeert dat het individu beschermt tegen juridische ‘intersubjektive Handlungsverpflichtungen’ wordt ook door Honneth erkend, evenals de ruimte die het recht hem biedt om zich tijdelijk te onttrekken aan alle ‘kommunikative Begründungszumutungen’ van het gewone sociale leven. Problemen ontstaan pas wanneer van een dergelijke ‘Kommunikationsabbruch’ een gewoonte wordt gemaakt en deze wordt misverstaan als algemene ‘Koordinierungsform’ van sociale interacties. In dat geval blijft ‘von aller Subjektivität nur die Hülle der Rechtsperson übrig’.<sup>165</sup> Met andere woorden: een eenzijdige, van concrete en bredere maatschappelijke verhoudingen geabstraheerde fixatie op ‘autonome’ rechten laat van de individuele mens zelf niets over. Naar Hobbes schrijft dient het recht elk subject te voorzien van een *persona*, dat wil zeggen, van een masker waarachter het zich steeds kan verschuilen.<sup>166</sup> Een dergelijk masker, meent Honneth, is

162 Honneth 1992, p. 13-19.

163 Honneth 2011, p. 157-158; p. 206.

164 Honneth 2011, p. 129; p. 158-159.

165 Honneth 2011, p. 159-161.

166 Hobbes, *Leviathan* 16: ‘In Latin *persona* signifies the disguise or outward appearance of a man, counterfeited on the stage, and sometimes more particularly the part of it that disguises the face (such as a mask or visor); and the word has been transferred from the stage to any representer of speech and action, in tribunals as well as in theatres.’

echter verre van zaligmakend; werkelijke rechtssubjectiviteit reduceert de mens niet tot de algemene gedaante van zijn juridische omhulsel, maar geeft zich steeds ook rekenschap van het bepaalde individu dat daarachter schuilgaat.<sup>167</sup>

De vernietigende werking van door filosofen als Hobbes geïnduceerde 'Verrechtlichung' beperkt zich volgens Honneth niet tot de rechtszaal, maar doortrekt het gehele maatschappelijk leven. De 'Justizialisierung aller Lebensbereiche' beweegt de rechtssubjecten ertoe ten opzichte van elkaar een objectiverende houding aan te nemen waarbij concrete verhoudingen en ervaringen alleen relevant zijn voor zover zij zich laten vertalen in juridisch erkende belangen en argumenten. Het vermogen om in verhouding tot anderen 'zwischen strategischem Vordergrund und lebensweltlichem Hintergrund' een gezond onderscheid te maken, zou verloren zijn gegaan. Slechts de mens als som van zijn rechtsaanspraken zou resteren, waarbij vrijheid nog slechts met Hobbes wordt begrepen als de 'absence of opposition'.<sup>168</sup> In hun ziekelijke hang tot abstractie, hun 'Leiden an Unbestimmtheit' zou het rechtssubjecten ontgaan dat de hun door het recht afgeschermd vrijheid slechts beperkte mogelijkheden biedt tot herstel van verstoorde sociale verhoudingen, zodat zij in feite slechts de gevangenen zijn van hun verweesde bestaan als onverbonden individuen. Degenen die een dergelijke ziekte oplopen, meent Honneth, beroepen zich niet zozeer ten onrechte op subjectieve rechten, maar leggen die rechten veeleer zo extensief en categorisch uit dat zij verworden tot 'rechtsförmige Persönlichkeiten', die hun vrijheid 'auch dort noch primär im Sinne einer Verfügung über Rechte begreifen, wo andere Formen der Interaktion erforderlich wären'.<sup>169</sup> In Ricoeurs termen: in hun negatieve vrijheidsdrang bestaan zij slechts als 'esquisse d'homme', als 'schets tot een mens', en blijft werkelijke rechtssubjectiviteit onuitgewerkt.<sup>170</sup>

Ook de meer op algemene individuele plichten en minder op vrijheid van uitwendige belemmering gerichte theorieën van Rousseau en Kant brengen in dit verband geen soelaas. Zowel Rousseaus 'volonté générale' als Kants categorische imperatief, schrijft Honneth, sluit niet aan bij een particuliere 'moralische Gesinnung', maar tracht een normatieve maatstaf te formuleren vanuit een algemeen en onbepaald perspectief dat voor de mens per definitie onbereikbaar is. Reeds bestaande, op intuïtie en sociale gebruiken gegronde normen hebben in Kants stelsel geen enkele normatieve waarde; in plaats daarvan dient het subject de rol aan te nemen van een morele 'Gesetzgeber für eine Welt aller menschlichen Wesen', waarbij we moeten vergeten dat een dergelijk 'archimedisch gezichtspunt' hooguit ergens in de ruimte is gelegen en met het aardse bestaan dus niets van doen heeft. Iets soortgelijks geldt voor de notie van de 'algemene wil', die immers vereist dat werkelijke subjecten zich in hun handelen aan hun eigen belangen niets gelegen laten liggen. In zijn pathologische hoedanigheid schrijft dat abstracte uitgangspunt een volkomen autistische, van elke intersubjectieve bepaaldheid onthechte benadering van conflicten en dilemma's voor. Een gezonde ethiek houdt volgens Honneth in dat individuen waarden als 'onpartijdigheid' en 'neutraliteit' in acht dienen te nemen, maar verplicht hen

167 De kritiek van Honneth grijpt duidelijk terug op de rechtsfilosofie van Hegel; zie o.a. *PhR* 105.

168 *Leviathan* 21: 'Liberty, or freedom, signifies (properly) the absence of opposition; by Opposition, I mean external impediments of motion.' Zie ook hierboven, §4.

169 Honneth 2011, p. 208.

170 Ricoeur 1995a, p. 37-40; zie ook hierboven, §6.

niet te veronachtzamen dat zij zich hoe dan ook op een *bepaalde* wijze verhouden tot anderen. Het subject neemt zijn beslissingen dus niet als ‘beziehungsloses, unsituiertes Wesen’, maar bijvoorbeeld als ‘Mutter, Kollege oder Freund’. Alleen op straffe van totale vervreemding kunnen de door Rousseau en Kant voorziene algemene maatstaven aan dat bepaalde perspectief te ontkomen. Geabstraheerd van elke bepaaldheid resteert slechts het masker van een karakterloze ‘Unbestimmtheit’ die van het werkelijke subject even weinig heel laat als de negatieve vrijheidsdrang van Hobbes.<sup>171</sup>

## 8. CONCLUSIE

Aldus bezwijkt het moderne recht volgens Honneth onder de spanning tussen ‘afstand’ en ‘nabijheid’, tussen ‘scheiding’ en ‘vereniging’, tussen ‘systeem’ en ‘leefwereld’ die de moderne rechtspraktijk sterk in haar greep houdt. De traditie van het ‘autonome’ recht is geworteld in de klassieke contractsfilosofie, waarbij de natuurlijke gelijke vrijheid van individuele rechtssubjecten pas tot haar recht komt binnen de artificiële ruimte van de staat. In de natuurtoestand wordt eenieder slechts voortgedreven door particuliere belangen, zodat onderlinge verdeeldheid een gelijkwaardige sociale vrede onmogelijk maakt. De natuurtoestand wordt beheerst door het recht van de sterkste, zodat er voor individuen niets anders op zit dan zich te schikken in private afhankelijkheidsverhoudingen als enige uitweg uit een kommervol en kort bestaan. Een totale transformatie van een natuurlijke tot een civiele toestand biedt uit die afhankelijkheidsverhoudingen de enige uitweg. Dat wil zeggen: alleen door zich geheel te voegen naar het gezag van een door henzelf geschapen staatskunstwerk kunnen individuen zich van hun onderlinge afhankelijkheid verlossen en werkelijk vrij zijn. Het leidend beginsel is daarbij niet langer ieders particuliere belang, maar uitsluitend het abstracte recht als waarborg voor ieders gelijke vrijheid. Dat betekent dat de ‘autonome’ staat ten opzichte van de natuur een artificiële ruimte afbakt waarbinnen vergaand van particuliere belangen wordt geabstraheerd. Bepalend is nog slechts de ‘algemene wil’, die zich niet oriënteert op concrete sociale feiten en verhoudingen maar uitsluitend op de integriteit van de abstracte publieke orde. Alleen door zich afzijdig te houden van sociale conflicten kan het staatskunstwerk zijn ordenende functie vervullen. Wanneer het zijn handen brandt aan bijzondere belangen en een bepaalde positie inneemt, verliest het zijn neutraliteit en daarmee zijn samenbindend vermogen.

De contractstheorie van Rawls is van die ‘autonome’ traditie een moderne emanatie. In Rawls’ hypothetische staat is het recht immers de afgeleide van een ‘reflectief evenwicht’ dat uitgaat van een overwicht van *rechten* op *belangen*. Rechtspraak behelst daarbij een vrij formele procedure, waarbij de rechter niet veel meer doet dan het toepassen van algemene, op het abstracte ‘reflectieve evenwicht’ georiënteerde regels. Neutraliteit en consistentie staan daarbij voorop. Een goede rechter laat zich in Rawls’ stelsel geenszins leiden door bijzondere belangen en concrete verhoudingen. Daarnaast hanteert hij een ‘dunne theorie van het goede’, zodat een theoretische grondslag voor een ongeschreven intersubjectieve zorgvuldigheidsnorm goeddeels ontbreekt. Met andere woorden: de theorie van Rawls benadrukt het belang van rechterlijke afstandelijkheid, waarbij het recht

---

171 Honneth 2011, p. 207-210.

zich slechts tot op beperkte hoogte oriënteert op de sociale feiten waarop het betrekking heeft. Daarbij gaat hij uit van algemene regels die op hun beurt weer zijn afgeleid van het 'reflectieve evenwicht' als een archimedisches punt waarin de rechtsposities van alle rechtssubjecten zijn verdisconteerd. Aldus laat de rawlsiaanse rechter zich leiden door het 'autonome' ethos van een abstracte neutraliteit die in elk geval voorkomt dat hij zelf betrokken raakt bij de 'oorlog van allen tegen allen' tussen particuliere rechtssubjecten onderling. Hij mengt zich dan ook niet in sociale conflicten, maar biedt rechtssubjecten een kunstmatig domein waarin hun strijd wordt geordend door de taal van het recht. Zijn eigen rol blijft daarbij beperkt tot onpersoonlijke, strikt rationele rechtstoepassing, waarbij hij zich oriënteert op abstracte rechtvaardigheid en zich niet laat misleiden door emoties die worden opgeroepen door de concrete omstandigheden van het geval.

Denkers als Honneth schrijven aan de 'autonome' traditie verschillende 'sociale pathologieën' toe. Ten eerste keert Honneth zich tegen het negatieve vrijheidsbegrip van contractsdenkers als Hobbes, dat hij ziet als de drijvende kracht achter een vergaande tendens tot juridisering die natuurlijke sociale verhoudingen ernstig verstoort. Ongeschreven intersubjectieve plichten raken in de hobbesiaanse staat buiten beeld; in plaats daarvan beschikt elk afzonderlijk rechtssubject over een juridisch gegarandeerde 'autonome' vrijheid waarop slechts de uitdrukkelijke wetsbevelen van de soeverein inbreuk kunnen maken. In hun 'autonome' fixatie op formele rechtsposities oriënteren rechtssubjecten zich niet langer op ongeschreven gedeelde normen, maar neigen zij er veeleer toe hun rechten en bevoegdheden strategisch jegens elkaar in stelling te brengen. De relationele context waarin dat gebeurt verschuift daarbij naar de achtergrond. In hun onderlinge verhoudingen verschuilen rechtssubjecten zich steeds meer achter het formele masker van hun rechtspersoonlijkheid, zodat de materiële subjecten achter dat masker hoe langer hoe meer van elkaar vervreemd raken en ten slotte verweesd achterblijven. Ook de meer op plichten georiënteerde rechtsethiek van Rousseau en Kant kan een dergelijke vervreemding niet verhelpen. Hun theorieën dwingen het subject immers in de onnatuurlijke positie van algemene wetgever, waarbij het nog slechts existeert als onthecht en karakterloos wezen zonder eigen wensen of belangen. Een gezonde ethiek richt zich volgens Honneth evenwel niet slechts op algemene plichten, maar vooral ook op gekwalificeerde verplichtingen die voortkomen uit concrete verhoudingen tot anderen. Daarom pleit hij voor een rechtscultuur die zich niet zozeer oriënteert op een of ander abstract archimedisches punt, maar veeleer op de concrete bepaaldheid van de sociale verhoudingen waarbinnen rechten en bevoegdheden hoe dan ook zijn ingebed.

Waar 'autonome' theoretici als Rawls juist een zekere afstand van het recht tot de feiten propageren, schrijft Honneth aan die afstand juist een ziekmakende werking toe. Dat verschil in inzicht hangt rechtstreeks samen met de verschillende manieren waarop Rawls en Honneth aankijken tegen de identiteit van het individu. De theorie van Rawls bouwt voort op de klassieke contractsfilosofie als een 'autonoom bevrijdingsproject' dat zich richt op de verlossing van het individu uit de bepaaldheid van gegeven verhoudingen. Daartoe gaat Rawls uit van een gedachte-experiment waarbij volstrekt onbepaalde, slechts atomair bestaande individuen vanachter een 'sluier der onwetendheid' een sociaal verdrag opstellen dat ook voor werkelijke individuen een algemene normatieve maatstaf vormt. Met zijn theorie richt Rawls zich vooral tegen utilistisch georiënteerde denkers

die aan rechten geen zelfstandige waarde toekennen en individuele rechtsposities daarom verdisconteren in een collectieve belangencalculus. Daarnaast breekt zijn procedurele, uiterst ‘dunne’ rechtvaardigheidstheorie met de aristotelische notie van ‘het goede leven’ binnen de *polis* als het natuurlijke streven van de mens als moreel gemeenschapswezen. Waar de staat in zowel de aristotelische als de utilistische traditie geldt als een organisch geheel, is de ‘autonome’ staat van Rawls slechts opgebouwd uit losse individuen, die ook vanuit een atomaire, van elke sociale en natuurlijke bepaaldheid geabstraheerde positie in staat zouden zijn tot het sluiten van een betekenisvol sociaal contract. Behalve door Honneth wordt die opvatting van het individu ook door filosofen als Sandel, Taylor en Ricoeur fel bestreden. In zijn atomaire positie is het individu volgens hen hooguit een ‘schets tot een mens’, dat wil zeggen, slechts een omhulsel wiens identiteit en karakter oningevuld blijven. Zonder private en publieke verhoudingen tot anderen kan het individuele rechtssubject zich niet ontwikkelen. De rechtsgemeenschap bestaat voor hen daarom niet alleen uit individuele rechtssubjecten, maar ook uit de *verhoudingen* tussen die subjecten die voor hun volwaardig bestaan constitutief zijn.

Met de ‘vermaatschappelijking van het privaatrecht’ wordt de sociale bepaaldheid van individuele rechtssubjecten binnen privaatrechtelijke verhoudingen vanaf de vroege twintigste eeuw steeds nadrukkelijker onderkend. Het publiekrecht behield intussen een meer ‘autonoom’ karakter. Vanuit ideeënhistorisch perspectief valt dat goed te verklaren. Privaatrechtelijke rechten gelden in de ‘autonome’ traditie als de civiele verwezenlijking van de natuurlijke gelijke vrijheid van elk afzonderlijk rechtssubject. De oorsprong van overheidsbevoegdheden is daarentegen geheel kunstmatig van aard. Publieke bevoegdheden hebben immers geen pendant in de natuurtoestand, maar gelden slechts als de afgeleide van het staatskunstwerk dat het individuele rechtssubject bevrijdt uit de mystieke kerkelijke en wereldlijke ‘lichamen’ waarvan het voorheen als onlosmakelijk deel werd gezien. In weerwil van het oude feodale recht dient het kunstmatige staatsgezag zich niet te oriënteren op concrete verhoudingen, maar uitsluitend op de abstracte rechtsorde, waarbij publiekrechtelijke bevoegdheidsuitoefening steeds ten opzichte van elk afzonderlijk rechtssubject moet kunnen worden gelegitimeerd. Van een bijzondere rechtsband tussen overheden en rechtssubjecten kan daarbij geen sprake zijn; de overheid handelt immers altijd *erga omnes* en nooit alleen ten opzichte van *bepaalde* individuen. Voor zover überhaupt sprake is van een juridische relatie tussen bestuur en burger is deze strikt verticaal van aard. Continentale rechtsculturen volgen daarbij veelal de theorieën van Hobbes, Rousseau en Kant, die menen dat het staatskunstwerk zijn bevrijdende werk alleen kan verrichten wanneer de transformatie van een natuurlijke naar een civiele toestand totaal is. Over subjectieve rechten beschikken privaatrechtelijke actoren daarbij alleen onderling; voor zover burgers jegens het bestuur over rechtsaanspraken beschikken, blijven deze beperkt tot de weerslag van een objectieve en abstracte publieke orde.





## DE 'RELATIONELE STAAT'\*

*Als medicijn tegen de 'pathologieën' van de 'autonome' leer bepleit Honneth een stelsel van 'democratische zedelijkheid' dat recht doet aan de sociale natuur van de mens zonder het zelfstandige belang van de 'autonome' subjectstelling van het individu te miskennen. Daartoe laat Honneth zich inspireren door het zedelijkheidsconcept van Hegel, die de staat beschrijft als een 'zedelijke gemeenschap' waarin het op 'autonome' beginselen geënte 'abstracte recht' enerzijds en wezenlijke, ook juridische bindende intersubjectieve verbondenheid anderzijds elk een eigen plaats hebben en elkaar tegelijkertijd vinden in een hogere synthese. In de Nederlandse rechtsontwikkeling wordt een soortgelijk geluid vertolkt door Thorbecke. Evenals Hegel meent Thorbecke dat zedelijke verbondenheid in het bestuursrecht als het 'politisch recht' bij uitstek naar voren dient te komen, terwijl hij het strafrecht en het civiele recht veeleer beschouwt als het domein van het meer formele en veeleer op 'autonome' principes berustende 'abstracte recht'. Zoals ook Honneth constateert is voor de hegeliaanse idee van de staat als centraal aangestuurd 'zedelijk lichaam' in het moderne recht geen plaats meer. Wat Honneths alternatief van een 'democratische zedelijkheid' behelst wordt niet bepaald vanuit een centraal punt, maar is slechts de telkens voorlopige uitkomst van een maatschappelijke discussie waarin niemand het laatste woord heeft. Daarbij schrijft Honneth aan de contingente sociale realiteit een zelfstandige normatieve waarde toe die in die discussie niet mag worden veronachtzaamd. Alleen op die manier zou de 'communicatieve rationaliteit' die in de sociale werkelijkheid besloten ligt tot haar recht kunnen komen.*

### 1. INLEIDING

In zijn pathologische hang naar abstractie vertoont het 'autonome' recht volgens Honneth aldus verschillende ziekteverschijnselen die menselijk samenleven ernstig bemoeilijken. Hoe kan het recht van deze verschijnselen worden genezen? Honneth zelf zoekt het antwoord op die vraag in een actualisering van de rechtsfilosofie van Hegel.<sup>1</sup> Een direct beroep op Hegels inzichten is niet mogelijk; behalve de maatschappelijke omstandigheden

---

\* De paragrafen 2 tot en met 8 van dit hoofdstuk bouwen deels voort op Van den Berge 2014b en Van den Berge 2015b.

1 Honneth 1992, p. 7; vgl. o.a. Honneth 2001, p. 11 e.v.; Honneth 2000, p. 15 e.v.; Honneth 2011, p. 14 e.v.



zijn ook de filosofische 'Argumentationsbedingungen' daartoe al te zeer veranderd. Daarbij signaleert Honneth onder meer dat de huidige heterogene samenlevingen sterk afwijken van de meer homogene gemeenschappen van tweehonderd jaar geleden. Waar Hegel nog uitging van de 'normative Stabilität' van de vroeg-industriële standenmaatschappij heeft deze vandaag de dag haar vanzelfsprekendheid verloren. Daarnaast wijst Honneth op de naziperiode als een 'Erfahrung eines Zivilisationsbruchs' die de hegeliaanse notie van de geschiedenis als historische 'Gang der Vernunft' op weg naar de vrijheid voorgoed ongeloofwaardig heeft gemaakt.<sup>2</sup> De geheimzinnige idee van een in de werkelijkheid zelf aanwezige 'objektiver Geist' doet vandaag de dag sowieso vreemd aan; na de Holocaust is Hegels opvatting van de geschiedenis als een voortdurend vooruitgangsproces in Honneths ogen definitief obsoleet. Dat neemt evenwel niet weg dat Hegels poging om de 'autonome' vrijheid van het individu een plaats te geven binnen een 'relationeel', sterk op werkelijk bestaande verhoudingen georiënteerd staats- en rechtsbegrip van blijvende waarde is, die volgens Honneth veel te weinig wordt onderkend.<sup>3</sup>

De opmars van op wezenlijke intersubjectiviteit geënte theorieën als die van Sandel, Ricoeur en Taylor maakt dat in Honneths ogen niet anders. In hun kritiek op 'autonome', slechts op de zuivere rede gefundeerde rechtvaardigheidstheorieën wijzen deze denkers weliswaar op abstracte zaken als de 'bepaaldheid van het subject' en het 'dialogische karakter van individuele identiteit', maar schrikken zij er anders dan Hegel voor terug de werkelijkheid *zelf* als bron van rechtvaardiging te zien. Waar Hegel in bestaande instituties en heersende morele overtuigingen de sleutel zag tot de verwerkelijking van menselijke vrijheid, bewandelen moderne relationele denkers nog slechts de omgekeerde weg; hooguit opteren zij voor een 'hermeneutische Rückanpassung' van *in abstracto* gevonden rechtvaardigheidsbeginselen aan de sociale realiteit. Ten opzichte van 'lege' theorieën als die van Rawls staan zij volgens Honneth op die manier betrekkelijk machteloos, zodat de moderne zegetocht van de 'autonome' leer in feite niets in de weg wordt gelegd.<sup>4</sup> Een overtuigende bestrijding van de pathologische gebreken van 'autonome' rechtvaardigheidstheorieën kan om een zekere zelfstandige normatieve waarde van reeds bestaande opvattingen en instituties niet heen. In zijn bestrijding van de 'autonome' leer en zijn pathologieën knoopt Honneth daarom aan bij Hegels notie van 'Sittlichkeit', begrepen als het geheel van organisch gegroeide, ook juridisch bindende gedeelde morele overtuigingen en sociale praktijken binnen een bepaalde rechtsgemeenschap.<sup>5</sup>

In de moderne rechtsfilosofie is Hegels zedelijkheidsconcept haast geheel in vergetelheid geraakt. Heersend is de 'autonome' gedachte dat met name het publiekrecht er vergaand van behoort te abstraheren. De hegeliaanse idee van een ethisch 'ge vulde' publiekrechtelijke ruimte zou strijdig zijn met de grondbeginselen van een moderne democratische samenleving. Niet voor niets rekent Popper Hegel tot de belangrijkste vijanden van de 'open society', wiens 'oracular philosophy' hij tracht te ontmaskeren als retorisch vehikel voor politieke onderdrukking.<sup>6</sup> Analyses als die van Popper miskennen dat

2 Honneth 2011, p. 16-17; vgl. Honneth 2001, p. 12-17; Honneth 2000, p. 17-18; Honneth 1992, p. 107-113.

3 Honneth 2000, p. 60.

4 Honneth 2011, p. 14-17; 119-120. Zie ook Honneth 2001, p. 8-9.

5 Honneth 2000, p. 19.

6 Popper 1947, p. 25 e.v.



Hegels zedelijkheidsbegrip niet begrepen kan worden als directe acceptatie van het reeds bestaande, maar als ‘normative Rekonstruktion’, waarbij Hegel veel kritischer omgaat met historisch en cultureel bepaalde instituties en opvattingen dan vaak wordt verondersteld. Onder Hegels ‘doorschouwde’ zedelijkheidsbegrip vallen alleen praktijken en opvattingen die het verlichte, als zuiver cognitief begrip nog ‘lege’ ideaal van ‘gelijke vrijheid’ van substantie voorzien zodat het zich in de samenleving ook werkelijk verwezenlijkt.<sup>7</sup> Dat neemt echter niet weg dat Hegels rechtsfilosofie neigt naar een ‘Affirmation [...] der bestehenden Wirklichkeit’ die met de ‘autonome’ subjectstelling van elk afzonderlijk individu op gespannen voet staat. Vooral het beeld van de staat als zedelijk ‘lichaam’, waarvan individuen slechts de onlosmakelijke ledematen zijn, roept daarbij veel vragen op; die organische gedachte is immers onverenigbaar met het ‘autonome’ uitgangspunt van een zedelijk neutrale publieke orde die steeds jegens elk afzonderlijk individu op rationele gronden moet kunnen worden gelegitimeerd.<sup>8</sup>

In zijn actualisering van Hegels staats- en rechtsbegrip wijkt Honneth daarom op een aantal punten van de theorie van Hegel af. Ten eerste beschrijft hij de ‘relationele staat’ niet als een ondeelbaar zedelijk lichaam, maar veeleer als een sfeer van ‘ungezwungene Wechselseitigkeit’ waarvan de zedelijke beginselen voortdurend onderworpen zijn aan kritische reflectie en open democratische discussie.<sup>9</sup> Anders dan Hegel ziet hij daarbij een belangrijke rol voor onafhankelijke rechterlijke controle op het bestuur. Wie het eindoordeel in bestuurlijke zaken uitbesteedt aan zelfstandig opererende rechters neemt volgens Hegel het risico de staat als ‘sittliches Gemeinwesen’ te gronde te richten; in de rechterlijke macht ziet hij daarbij een intellectualistische en buitenmaatschappelijke stand die van het zedelijk leven is losgezongen. Beter zou het daarom zijn het eindoordeel in bestuurlijke kwesties over te laten aan het bestuur zelf, dat met dat zedelijke leven juist in nauw contact zou staan.<sup>10</sup> Honneth daarentegen opteert voor een stelsel van ‘wechselseitige Kontrolle’ waarin geen der statelijke actoren het laatste woord heeft.<sup>11</sup> Wat een ‘demokratische Sittlichkeit’ precies behelst, kan nooit vanuit een centraal punt worden bepaald, maar dient onderwerp te zijn van een voortgaand debat waarin rechters actieve participanten zijn.<sup>12</sup> Rechters gelden daarbij niet per se als wereldvreemde buitenstaanders, maar als actieve participanten in dat debat. In dat opzicht sluit Honneth zich aan bij Habermas, die in zijn discursieve theorie van het recht een plaats inruimt voor een precare balans tussen rechter, wetgever en bestuur die steeds gericht is op de verwezenlijking van een ‘intersubjectiv gebildetes Willen’ als het resultaat van een ‘machtsvrij’ democratisch proces.<sup>13</sup>

In dit hoofdstuk zal ik onderzoeken of een actualisering van Hegels rechtsfilosofie ook voor het Nederlandse bestuursrecht heilzame lessen kan opleveren. Daarbij ga ik eerst in op de ideeën van Hegel zelf, die in hun oorspronkelijke vorm vandaag de dag nog maar weinig weerklink vinden maar in de negentiende en vroege twintigste eeuw breed werden

7 Honneth 2011, p. 26.

8 Zie o.a. Waldron 1987, p. 131-132.

9 Honneth 2011, p. 471-472.

10 Zie o.a. *PhR* 294.

11 Honneth 2011, p. 569.

12 Vgl. o.a. Honneth 2011, p. 471 e.v.

13 Habermas 1992, p. 382.

gedragen en voor de ontwikkeling van het recht dan ook van grote betekenis zijn. Naar ik zal betogen werd zijn organische staats- en rechtsbegrip in Nederland verder ontwikkeld door Thorbecke, wiens leer op enkele punten van Hegels rechtsfilosofie afwijkt, maar er in essentie toch mee overeenkomt. Evenals Hegel tracht Thorbecke een 'relationeel' staats- en rechtsbegrip te ontwikkelen dat 'autonome' pathologieën te lijf gaat, maar de waardevolle elementen ervan incorporeert in een intersubjectief publiekrecht met gedeelde 'zedelijkheid' als dragend beginsel. Thorbecke is daarbij net als Hegel scherp gekant tegen onafhankelijke bestuursrechtspraak; rechterlijke controle op bestuurshandelen leidt ook volgens hem tot niets minder dan de desintegratie van de staat als zedelijk lichaam. Tot slot keer ik terug bij Honneths actualisering van Hegels rechtsfilosofie. Daarbij zal ik bovendien ingaan op de 'relationele' staats- en rechtsleren van Lefort en Habermas, die ruimte bieden aan 'intersubjectief' publiekrecht, maar zich tegelijkertijd scherp afzetten tegen de organische leer van Hegel. Is 'zedelijkheid' ook vandaag de dag nog een hanteerbaar juridisch begrip? Kan het een probaat middel zijn tegen 'autonome' bestuursrechtelijke pathologieën? Of is een 'zedelijk publiekrecht' in strijd met fundamentele rechtsstatelijke beginselen en brengen de bijwerkingen van Honneths medicijn aldus de patiënt zelf om zeep?

## 2. HEGEL EN DE REVOLUTIE

Naar men zegt ontkurkten Hegel, Schelling en Hölderlin kort na 14 juli 1789 als jonge studenten in Tübingen een fles rode wijn om met elkaar de bestorming van de Bastille te vieren.<sup>14</sup> In de rest van zijn leven zou Hegel daarna hebben vastgehouden aan de gewoonte op de veertiende juli het glas te heffen op de 'herrlicher Sonnenaufgang' van de moderne vrijheid.<sup>15</sup> Toch was Hegel allesbehalve een revolutionair. Integendeel: van de revolutionaire neiging tot 'Umsturz alles Bestehenden und Gegebenen' keert hij zich ten zeerste af. De revolutionairen gingen uit van het waanbeeld dat de staat 'ganz von vorne und vom *Gedanken*' kan worden geconstrueerd, met 'bloß das vermeinte Vernünftige' als basis. Daartoe zouden zij zich hebben laten drijven door de verlichte ideeën van filosofen als Locke en Rousseau. 'Zur Gewalt gediehen', verzucht Hegel, hebben hun abstracties 'das, seit wir vom Menschengeschlechte wissen, erste ungeheure Schauspiel hervorgebracht'.<sup>16</sup> Om ongelukken voortaan te voorkomen, is het inzicht nodig dat elk individu een 'Sohn seiner Zeit' is, die zich aan de bepaaldheid van zijn bestaan onmogelijk kan onttrekken. Ook de filosofie zelf kan aan die bepaaldheid niet ontkomen; zij is nooit meer dan 'ihre Zeit in Gedanken erfaßt'. De filosofie kan niet 'über ihre gegenwärtige Welt hinaus' springen en derhalve slechts trachten te doorgronden wat *is*. 'Die Eule der Minerva', schrijft Hegel, 'beginnt erst mit der einbrechenden Dämmerung ihren Flug'.<sup>17</sup> Met andere woorden: de filosofie kan de tijd nooit inhalen; werkelijk begrip van de wereld ontstaat altijd pas achteraf. Voor de filosofische hoogmoed van het 'autonome' natuur- en rederecht is in Hegels leer derhalve geen plaats. Een 'archimedisch punt' van waaruit

14 Safranski 1987, p. 377.

15 Zie o.a. Pinkard 2000, p. 213; Drentje 2004, p. 74.

16 *PhR* 258, Anmerkung.

17 *PhR* Vorrede (p. 28).

de menselijke rede de werkelijkheid kan begrijpen bestaat niet. Hooguit kan de filosofie vanuit haar eigen bepaalde positie bijdragen aan begrip en doorschouwing van het reeds bestaande; elke pretentie die verder strekt is niet alleen dwaas maar vooral ook uiterst gevaarlijk.

In zijn afkeer van het ‘autonome’ natuur- en rederecht is Hegels denken sterk verwant aan het historisme van de school rondom Savigny, die evenals Hegel sterk gekant is tegen denkwegen waarbij al te veel van bestaande, cultureel en historisch verankerde structuren wordt geabstraheerd.<sup>18</sup> Op grond van de ‘autonome’ leer verkeerden de revolutionairen in de waan een staatskunstwerk op te kunnen richten als ‘absolute Volkommenheit’. Aan ‘jenem bodenlosen Hochmuth’, schrijft Savigny, kwam pas met de ontaarding van de revolutie een einde.<sup>19</sup> De ‘ungeschichtliche Schulen’ van het ‘autonome’ recht gaan uit van het onzalige standpunt dat ‘jeder Zeitalter sein Daseyn [...] frey und willkürlich selbst hervorbringe’, waarbij het menselijk bestaan wordt gereduceerd tot een ‘einzelnes und abgesondertes [...] Daseyn’. Zelf staat Savigny een staats- en rechtsopvatting voor waarin het individu geldt als ‘Glieder eines höheren Ganzen’, waarbij het individu het recht en de staat niet zelf schept, maar zich niet kan onttrekken aan de geschiedenis en de cultuur waarmee juridische figuren en instituties onlosmakelijk verknoopt zijn.<sup>20</sup> De taak van de rechtsgeleerde behelst volgens Savigny daarom ‘den Stoff des Rechts’, die door de ‘gesammte Vergangenheit’ van de gemeenschap zou zijn gegeven, ‘zu durchschauen, zu verjüngen und frisch zu erhalten’.<sup>21</sup> Dat wil zeggen: de jurist dient zich voor alles te wijden aan zorgvuldige bestudering van zeden, rechtstradities en gewoonten, waarbij hem ook een taak wordt toebedacht in de kritische doorschouwing daarvan. Verdere pretenties dient hij naast zich neer te leggen. ‘Das Recht wird nicht gemacht, es ist und wird mit dem Volke’, zo luidt een bekend aan Savigny toegeschreven adagium.<sup>22</sup>

Waarom hief Hegel dan toch jaarlijks het glas op de bestorming van de Bastille? Anders dan Savigny getuigt het ‘autonome’ natuur- en rederecht voor Hegel niet alleen van een grenzeloze zelfoverschatting. Daarnaast bevat de ‘autonome’ leer in Hegels ogen belangrijke verworvenheden die ook na het bloedbad van de revolutie niet mogen worden veronachtzaamd. De geschiedenis, meent Hegel, wordt voortgedreven door de langzame ontvouwing van een immanent in haar aanwezige rede, door Hegel aangeduid als ‘(objektiver) Geist’ of ‘Weltgeist’.<sup>23</sup> Het voorgeprogrammeerde doel van de geschiedenis zou bestaan uit de verwerkelijking van de menselijke vrijheid.<sup>24</sup> Ook de hoogmoedige ‘autonome’ idee van de ‘staat als kunstwerk’ wordt door Hegel in deze teleologische context geplaatst. Hoewel hij de revolutie op zichzelf aanmerkt als een verschrikkelijk schouwspel, erkent hij diezelfde revolutie daarom toch ook als een essentiële stap op weg naar de vrijheid. In die zin is Hegels rechtsfilosofie conservatief en progressief tegelijk; in ieder geval is zij geenszins restauratief. Integendeel: ondanks haar catastrofale

18 Savigny 1814, p. 14: ‘[A]lle Recht [wird] erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz erzeugt.’

19 Savigny 1814, p. 4-5.

20 Savigny 1815, p. 2-3.

21 Savigny 1815, p. 6.

22 Zie o.a. Windscheid 1862, p. 23; in Savigny’s eigen geschriften komt de spreuk als zodanig niet voor.

23 Zie o.a. Heyde 1987, p. 56-57.

24 Zie o.a. Plamenatz 1971, p. 45 e.v.

gevolgen verdient de 'autonome' leer van het natuur- en rederecht expliciete waardering voor de opvatting dat 'der Gedanke die [...] Wirklichkeit regieren solle'. Als gevolg van die gedachte raakte de wereld 'durchschauert' van een onomkeerbare 'Rührung' en 'Enthusiasmus des Geistes' die door Hegel voor de verwezenlijking van ware vrijheid als constitutief wordt beschouwd.<sup>25</sup>

Anders dan door Savigny wordt het natuur- en rederecht door Hegel dus niet zozeer bestreden, maar geïncorporeerd in een filosofisch stelsel waarin het voortaan is ontgaan van zijn eenzijdigheid. In geen geval gaat Hegel in zijn verlichtingskritiek zo ver als romantische tijdgenoten als Jacobi, Fries en Schlegel, die zich van 'die Vernunft' als kenmethode geheel afkeren en zich nog slechts oriënteren op het 'onmiddellijk weten' van de intuïtie en de ervaring.<sup>26</sup> In hun kritiek op de zuivere rede zijn dergelijke romantici volgens Hegel even eenzijdig als de verlichtingsdenkers die zij bestrijden. Een werkelijk begrip van de werkelijkheid zou pas ontstaan wanneer deze niet alleen wordt *ervaren* maar bovendien kritisch wordt doorschouwd, zodat een juist beeld kan ontstaan van de werking van de in die werkelijkheid aanwezige *Geist*. Kennis op grond van 'directe aanschouwing' alleen is onmogelijk; evenals de zuivere rede schiet de ervaring op zichzelf in haar eenzijdigheid tekort.<sup>27</sup> Begrip kan pas ontstaan wanneer de rede en de ervaring tegelijkertijd volledig worden ingezet; alleen op die manier is het mogelijk 'das Ewige, das gegenwärtig ist' te herkennen 'in dem Scheine des Zeitlichen und Vorübergehenden'.<sup>28</sup>

### 3. DE WEG NAAR DE VRIJHEID

Aldus gaat Hegel uit van een synthese van tegengestelden, waarbij verlicht verstandsdanken enerzijds en romantisch historisme anderzijds zijn samengevoegd en elk afzonderlijk worden verlost van hun beperkte karakter. Die samenvoeging draagt het stempel van Hegels speculatieve dialectiek, die uitgaat van de gedachte dat het menselijke begrip zich in een voortdurende spiraal omhoog beweegt. Daarbij vinden steeds nieuwe syntheses plaats van begrippen en elementen die voorheen tegengesteld leken. Hegel spreekt in dit verband van een voortdurend proces van 'Aufhebung', waarbij niet zozeer sprake is van 'opheffen' in overdrachtelijke zin ('doen ophouden te bestaan'), maar veeleer van 'opheffen' in de meer letterlijke zin van het woord ('op een hoger plan brengen'). De oorspronkelijke elementen binnen de synthese worden niet vernietigd, maar 'veranderd bewaard' in een hogere eenheid.<sup>29</sup> In het voetspoor van de zich ontwikkelende 'Weltgeist' breidt het menselijke begrip zich zo steeds uit. Een duidelijke politieke articulatie krijgt Hegels dialectiek onder meer in de parabel van de meester en de slaaf uit de *Phänomenologie des Geistes*, waarin Hegel op schematische wijze zijn visie op de ontwikkeling van menselijk samenleven prijsgeeft. In dat verhaal schetst Hegel de moeizame weg naar een begrip van ware

25 *VGPh*, p. 529.

26 Zie o.a. Peperzak 1981, p. 41 e.v.; Taylor 1975, p. 421: 'The Romantics rather put faith in sentiment, in the spontaneous love of good and of fellow, something which could not be grasped by reason'.

27 *PhR* Vorrede (p. 19): 'Mit dem einfachen Hausmittel, auf das Gefühl das zu stellen, was die und zwar mehrtausendjährige Arbeit der Vernunft und ihres Verstandes ist, ist freilich alle die Mühe der von dem denkenden Begriffe geleiteten Vernunftfeinsicht und Erkenntnis erspart.'

28 *PhR* Vorrede (p. 25).

29 Vgl. o.a. Heyde 1987, p. 43.

‘vrijheid’, niet begrepen als de ‘afwezigheid van belemmeringen’ maar als een ‘Tatsache des Bewusstseins’ waarbij het subject begrijpt dat zijn relaties met gelijke anderen zijn vrijheid niet beperken, maar juist mogelijk maken.<sup>30</sup>

In zijn parabel voert Hegel de geschiedenis van menselijk samenleven terug tot een helse natuurtoestand waarin twee individuen met elkaar verward zijn in een strijd op leven en dood.<sup>31</sup> Beide individuen hechten aan hun vrijheid, die zij met Hobbes uitsluitend negatief begrijpen als de afwezigheid van belemmeringen. Het leven van de een geldt aanvankelijk slechts als hindernis voor de ander. Al snel zullen beide individuen zich evenwel realiseren dat zij op de ander zijn aangewezen voor hun eigen ontwikkeling; alleen in verhouding tot de ander kan het individu zich immers een identiteit verwerven.<sup>32</sup> Daarom zullen de twee hypothetische individuen de strijdbijl na verloop van tijd begraven en zich in een meester-knechtrelatie stellen.<sup>33</sup> Van een bestendige oplossing is daarbij geen sprake. De slaaf is gedwongen tot arbeid, terwijl zijn meester ongehinderd achterover leunt. Juist in die situatie ligt voor de slaaf de sleutel tot zijn bevrijding, terwijl de meester er uiteindelijk aan ten onder gaat. Wie arbeid verricht, ontwikkelt zichzelf en ziet zich gereflecteerd in de wereld waarin hij leeft. Voor de meester geldt het tegenovergestelde; juist doordat hij niets verricht, verzwakt zijn positie. Terwijl de slaaf steeds beter in staat is de natuur naar zijn hand te zetten, rest de meester slechts de hulpeloze positie van de consument, die ‘den Knecht zwischen [das Ding] und sich [hat] eingeschoben’ om ervan te profiteren, maar uiteindelijk steeds meer samenvalt ‘mit der Unselbständigkeit’ van de producten die hij consumeert, terwijl hij de controle over die producten overlaat aan de slaaf, die zich daardoor steeds meer aan zijn onderwerpenheid ontworstelt.<sup>34</sup>

Aanvankelijk, schrijft Hegel, zal deze dynamiek leiden tot een serie revoluties, waarbij de knecht in de meesters schoenen komt te staan en andersom. Uiteindelijk zullen de meester en de knecht echter beide inzien dat zij beter af zijn wanneer zij elkaar erkennen als gelijken. Hun oorspronkelijke ‘Herrschaft’ en ‘Knechtschaft’ kan nu worden ‘opgeheven’ (*aufgehoben*) op het hogere plan van een synthese. Voor elk van beiden komt zo de ‘ware vrijheid’ in het vizier, waarbij individuen elkaar niet langer zien als ‘middel’, maar zich onderling verhouden als gelijken.<sup>35</sup> Op die manier heeft de uitkomst van Hegels parabel wel iets weg van de kantiaanse idee van ‘gelijke vrijheid’ die vereist dat elk afzonderlijk individu steeds als ‘doel op zichzelf’ moet worden beschouwd. ‘Ich bin nur insofern frei’, stelt Hegel bijvoorbeeld, ‘als ich die Freiheit Anderer setze und durch Andere als frei anerkannt bin’.<sup>36</sup> Een rechtsleer als die van Kant, die zich beperkt tot algemene ‘äußere Gesetze’ die de ‘autonome’ vrijheid van de een begrenzen omwille van de ‘autonome’ vrijheid van ieder ander, miskent evenwel dat ‘ware vrijheid’ überhaupt

30 *PhR* 4, Anmerkung.

31 *PhG*, p. 147-148: ‘Das Verhältnis beider Selbstbewußtsein ist also so bestimmt, daß sie sich selbst und einander durch den Kampf auf Leben und Tod bewähren.’

32 Vgl. o.a. *PhR* 6.

33 *PhG*, p. 149: ‘[J]enes ist der Herr, dies der Knecht.’

34 *PhG*, p. 150; vgl. o.a. Taylor 1975, p. 154. ‘The relation of the master to what surrounds him’ is volgens Taylor ‘that of a pure consumer’; de zware taak ‘of transforming things and preparing them for consumption’ laat hij aan de slaaf, die de natuur op die manier gaandeweg steeds beter naar zijn hand zal kunnen zetten.

35 Zie o.a. Taylor 1975, p. 153 e.v.; Honneth 2001, p. 79 e.v.; Honneth 2011, p. 81 e.v.

36 *VGPh*, p. 234.

alleen in verhouding tot anderen te verwerkelijken valt. Waar het recht door Kant vooral wordt begrepen als een stelsel dat vrijheid aan de uiterste buitengrens *beperkt*, ziet Hegel het recht juist als de *verwerkelijking* van de vrijheid.<sup>37</sup> De eenzijdige 'autonome' oriëntatie op de 'Wille des Einzelnen in seiner eigenthümlichen Willkür' als '[der] Boden des Rechts' wijst hij af; in plaats daarvan pleit hij voor een rechtsbegrip dat voortbouwt op het inzicht dat ware vrijheid slechts gestalte kan krijgen in verbondenheid met gelijke anderen.<sup>38</sup>

De zuiver verstandelijke filosofie van Kant schiet ter verwerkelijking van de vrijheid derhalve tekort; zijn op de zuivere rede gegronde rechtsleer blijft in Hegels ogen steken in de 'holle Rednerei' van een leeg formalisme. Door eenzijdig te abstraheren van de *bepaaldheid* van het menselijk bestaan lijden Kants ideeën aan een 'abstrakte Unbestimmtheit' die ons in het werkelijke leven onvoldoende verder brengt.<sup>39</sup> In *abstracto* zijn rechten en bevoegdheden volstrekt inhoudsloos; slechts wanneer zij worden betrokken op de 'wirkliche Welt des Rechts' verkrijgen zij volgens Hegel een reële gestalte.<sup>40</sup> Ten onrechte gaat de 'autonome' leer ervan uit dat een universele juridische standaard kan worden bepaald door 'onbelemmerde wezens', die los van elke sociale en natuurlijke bepaaldheid tot een 'vrije keuze' komen. Daarmee tendeert die leer ertoe de mens te isoleren van zijn geschiedenis, zijn cultuur en andere zaken die hij niet 'vrijelijk' kiest, maar die met de menselijke conditie reeds gegeven zijn. Juist in de erkenning van die gegevenheden ligt volgens Hegel echter een bestaansvoorwaarde voor de verwerkelijking van de vrijheid. Een louter *procedurele* en dus *lege* staats- en rechtsopvatting, waarbij individuele rechtssubjecten slechts gebonden zijn aan regels die kunnen worden teruggevoerd op autonome keuzes, schiet daarom ernstig tekort. In geen geval kan de staat worden beschouwd als een 'kunstwerk' dat in het leven is geroepen door losse individuen; in plaats daarvan kunnen individuen zich slechts ten volle realiseren in het verband van de staat als morele gemeenschap.<sup>41</sup>

#### 4. 'SITTlichkeit'

In plaats van het 'lege' formalisme van de 'autonome' leer pleit Hegel dus voor een 'gevuuld' rechtsbegrip dat erkent dat van ware vrijheid alleen sprake kan zijn in essentiële verbondenheid met anderen. De ideeën van filosofen als Rousseau en Kant schieten tekort in hun abstracte onbepaaldheid. De kantiaanse idee van de 'vrije wil', gezuiverd van alle 'durch die Natur, die Bedürfnisse, Begierden und Triebe unmittelbar [...] gegebene und bestimmte Inhalt', berust op een cruciale vergissing. In het kantiaanse schema geldt elke bepaaldheid louter als beperkend; aldus erkent het slechts de negatieve 'Freiheit des Verstandes', die slechts een 'vrijheid van de *leegte*' ('Freiheit der Leere') kan zijn. In haar gebrek aan concrete inhoud is zij gericht op verwoesting van al het bestaande.<sup>42</sup>

37 PhR 4: 'Der Boden des Rechts ist [...] der Wille, welcher frei ist, so daß die Freiheit seine Substanz und Bestimmung ausmacht und das Rechtssystem das Reich der verwirklichten Freiheit [...] ist.'

38 Vgl. o.a. Heyde 1987, p. 71 e.v.

39 PhR 135 Anmerkung.

40 PhR, Vorrede (p. 20); vgl. o.a. Scheltens 1988, p. 37.

41 PhR 75, Zusatz.

42 PhR 5, Anmerkung: 'Nur indem er etwas zerstört [...] hat dieser negativer Wille das Gefühl des Daseins'.



Het kantiaanse streven naar ‘gelijke vrijheid’ miskent dat dit ideaal in de werkelijkheid slechts beslag zal kunnen krijgen bij de gratie van ‘irgendeine Ordnung, irgendeine Besonderung’ die het van een bepaalde substantie voorziet. In haar lege formalisme kan de kantiaanse vrijheidsopvatting slechts ‘eine abstrakte Vorstellung’ zijn; in haar ‘autonome’ eenzijdigheid lijdt zij derhalve aan een gevaarlijke ‘Furie des Zerstörens’ die uit is op de vernietiging van al het bepaalde. Een werkelijke ‘Freiheit des Willens’ omvat volgens Hegel niet alleen het algemene maar ook het bijzondere.<sup>43</sup> Daarbij geeft Hegel onder meer het voorbeeld van liefde en vriendschap, waarbij het subject zich niet opsluit in zichzelf, maar zich juist gewillig *bindt* aan een ander, waardoor het willen een concrete affectieve inhoud krijgt. Dat betekent niet het subject zijn ‘autonome’ afstandelijkheid geheel laat varen. De abstracte rede maakt dat hij ‘wieder in das Allgemeine’ kan terugkeren, zodat wordt voorkomen dat het subject zich in zijn concrete affectieve verbondenheid met anderen verliest. Hegel spreekt in dit verband over een toestand waarin het subject zich ‘in der Bestimmtheit nicht bestimmt’ voelt, maar zich ‘in dieser Beschränkung’ juist ‘sich selbst weiß’.<sup>44</sup>

Werkelijke vrijheid omvat volgens Hegel dus zowel de kantiaanse ‘guter Wille’ (‘der Wille *an sich*’), die slechts op de abstractie van de zuivere rede berust, als de ongereflecteerde relaties tot anderen, die het karakter en de identiteit van een subject van een bepaalde inhoud voorzien (‘der Wille *für sich*’). In de opkomst van het natuur- en rederecht wordt het subject zich bewust van zijn algemeenheid; in de parabel van de meester en de slaaf is dit stadium te herkennen in de wederzijdse erkenning van hun gelijke vrijheid. Bij de verwerkelijking van die abstracte gelijke vrijheid zal de bepaaldheid van de afzonderlijke subjecten behouden moeten blijven. Daartoe is een stabiele synthese nodig (‘der Wille *an und für sich*’) die hun abstracte gelijkheid erkent maar zich tevens rekenschap geeft van onderlinge verschillen. Alleen ‘der Wille *an und für sich*’ is werkelijk vrij en vormt de juiste grondslag voor het recht.<sup>45</sup> Dat houdt in dat het recht enerzijds berust op formele *abstracties* die kunnen worden ontleend aan de zuivere rede; anderzijds bevat het recht in Hegels visie ook een *affectieve* component, die niet van de rede kan worden afgeleid, maar slechts van het ‘onmiddellijk weten’ van de directe ervaring. De ultieme verwerkelijking van het recht is vervolgens gelegen in de synthese van die elementen; in die zin vertoont het een triadische structuur die vergelijkbaar is met die van de wilsvrijheid. Allereerst onderscheidt Hegel het *an sich* van ‘das abstrakte Recht’, waarin de zuivere rede domineert. Het abstracte recht treft een contrapunt in de ‘Moralität’, die oog heeft voor de ‘Bestimmtheiten’ waaraan het subject zijn specifieke identiteit ontleent.<sup>46</sup> Op het hogere plan van de ‘Sittlichkeit’ vinden het abstracte recht en de moraliteit elkaar in een synthese waarbinnen beide elementen ‘veranderd bewaard’ blijven voortbestaan, zodat

43 PhR 7: ‘Der Wille ist [...] die in sich reflektierte und dadurch zur Allgemeinheit zurückgeführte Besonderheit’.

44 PhR 7, Zusatz; zie over liefde en vriendschap als bevrijdende verhoudingen verder o.a. Honneth 2001, p. 44 e.v.; Honneth 2011, p. 237 e.v.

45 PhR 29: ‘Dies, dass ein Dasein [...] des freien Willens ist, ist das Recht.’

46 PhR 105.

aan zowel het algemene 'Ansich-' als het particuliere 'Fürsichsein' van het individuele subject volledig recht wordt gedaan.<sup>47</sup>

De spil van het abstracte recht is de 'persoon', begrepen als het 'masker' dat het individuele subject van algemene rechten en bevoegdheden voorziet.<sup>48</sup> Aldus schept het abstracte recht een 'äussere Sphere [der] Freiheit' waarin de formele gelijke vrijheid van de rechtssubjecten voorop staat.<sup>49</sup> In zijn 'autonome', op de zuivere rede georiënteerde afstandelijkheid dient het abstracte recht volgens Hegel de 'persoonlijkheid' van rechtssubjecten steeds te respecteren, waarbij de bijzonderheid van het subject steeds geheel buiten beschouwing wordt gelaten.<sup>50</sup> De moraliteit, daarentegen, richt zich niet op het algemene masker van het 'an sich' maar op het 'für sich' van het bepaalde subject achter dat masker.<sup>51</sup> Zij oriënteert zich niet op de zuivere rede, maar op een intuïtief *Sollen* dat zich aan het subject opdringt in zijn concrete affectieve verbondenheid met anderen.<sup>52</sup> Verstoken van het morele element blijft het abstracte recht steken op het niveau van de 'abstrakte Allgemeinheit', waarbij het alleen 'die inhaltslose Identität' tot zijn bestemming kan hebben.<sup>53</sup> Aan die inhoudsloosheid kan alleen worden ontkomen door naast de *zuivere rede* het *gevoel* te erkennen als de bron van concrete verplichtingen die het abstracte recht in de werkelijkheid een concrete gestalte kunnen geven. Het abstracte rederecht kan daarom niet zonder 'die absolute Gewißheit' van de directe ervaring, zoals deze zich openbaart in het 'Besonderheit setzendes, bestimmendes und entscheidendes' *Gewissen* van het afzonderlijke individu.<sup>54</sup> Alleen op die manier zou het mogelijk zijn het lege formalisme van Kants zuivere rederecht van inhoud te voorzien zodat het verankerd kan worden in de werkelijkheid van het recht.<sup>55</sup> Anderzijds schiet ook het 'für sich' van het particuliere geweten als rechtsgrondslag tekort. Wanneer elk rechtssubject 'die eigene Besonderheit über das Allgemeine zum Prinzip' zou maken, blijft van een algemene rechtsorde immers niets over en valt eenieder ten prooi aan subjectieve willekeur.<sup>56</sup>

De erkenning van een intersubjectieve 'Sittlichkeit' als algemene grondslag van het recht is volgens Hegel de enige uitweg uit deze impasse. Het synthetische niveau van de zedelijkheid voorziet het recht enerzijds van een concrete, affectief geladen inhoud waarvan het abstracte recht in zijn eenzijdige redelijkheid verstoken blijft. Anderzijds overstijgt de

47 Vgl. o.a. Heyde 1987, p. 151 e.v.

48 Het woord 'persoon' is afgeleid van het Latijnse woord *persona*, dat masker betekent. Vgl. o.a. Hobbes, *Leviathan* 16: 'The word person is Latin [...] which signifies the [...] the disguise, or outward appearance of a man, counterfeited on the stage; and sometimes more particularly that part of it which disguiseth the face, as a mask or vizard: and from the stage hath been translated to any representer of speech and action, as well in tribunals as theatres.' Vgl. o.a. *PhR* 209: 'Es gehört der Bildung [...] daß Ich als *allgemeine* Person aufgefaßt werde, worin *Alle* identisch sind. Der *Mensch* gilt so, weil er *Mensch* ist, nicht weil er Jude, Katholik, Protestant, Deutscher, Italiener usf. ist.' Met andere woorden: het abstracte recht richt zich alleen op het onpersoonlijke juridische masker en niet op het subject *achter* dat masker. Zie ook Heyde 1987, p. 104.

49 *PhR* 41; Honneth 2001, p. 39.

50 *PhR* 36: 'Sei eine Person und respektiere die andern als Personen.'

51 *PhR* 106: 'Nur im Willen, als subjektivem, kann die Freiheit oder die an sich seiende Wille wirklich sein.'

52 *PhR* 108: '[D]er moralische Standpunkt [ist] der Standpunkt des Verhältnisses und des Sollens.'

53 *PhR* 135.

54 *PhR* 136.

55 Vgl. o.a. Sedgwick 2012, p. 163 e.v.

56 *PhR* 137, Anmerkung.



zedelijkheid ‘das subjektive Meinen und Belieben’ van afzonderlijke individuen. Zij berust derhalve niet op het eenzijdige ‘onmiddellijk weten’ van bepaalde rechtssubjecten, maar op de gereflecteerde *intersubjectiviteit* van de rechtsgemeenschap als geheel.<sup>57</sup> Daarmee behelst de zedelijkheid ‘die Idee der Freiheit’ als ‘das Gute’ waarop de objectieve geest gericht zou zijn.<sup>58</sup> Intussen blijven ‘het abstracte recht’ en de ‘moraliteit’ op het niveau van de synthese elk afzonderlijk in getransformeerde vorm in stand. Van zedelijkheid als een soort ‘gulden midden’ tussen moraal en abstract recht is geen enkele sprake. Integendeel: verlost van zijn formele eenzijdigheid kan het abstracte recht in ‘aufgehoben’ vorm eindelijk beslag krijgen in de concrete werkelijkheid, terwijl, aan de andere kant, de bepaaldheid van het particuliere zich mede uitstrekt tot het algemene en niet in zichzelf blijft opgesloten. Zoals steeds in Hegels dialectische bewegingen komt zowel het ‘an sich’ (het abstracte recht) als het ‘für sich’ (het individuele geweten) pas in de synthese van het ‘an und für sich’ (de zedelijkheid) geheel tot zijn recht: pas op het synthetische niveau krijgen de voorheen tegengestelde elementen hun ware betekenis.<sup>59</sup>

## 5. FAMILIE, MAATSCHAPPIJ EN STAAT

De elementen waaruit ‘Sittlichkeit’ is opgebouwd komen niet in elk domein van de rechtsgemeenschap gelijkelijk aan bod. In de kring van de ‘Familie’, bijvoorbeeld, hoort het ‘abstracte recht’ in beginsel niet thuis. De ‘Familie’ wordt in essentie bijeengehouden door het ‘onmiddellijk weten’ van de moraliteit; zij beschikt over een vanzelfsprekende ‘Substantialität’ en een ‘sich empfindende Einheit’ die wordt gevormd door natuurlijke affectieve relaties als ‘unmittelbare sittliche Verhältnisse’.<sup>60</sup> Die affectieve en bepaalde sfeer leent zich slechts tot op zeer beperkte hoogte tot een juridische reductie van volwaardige *subjecten* tot formele *personen*; zo schiet de abstracte figuur van de *overeenkomst* ter omschrijving van de huwelijksverbintenis volstrekt tekort.<sup>61</sup> In de ‘burgerlijke maatschappij’ (*bürgerliche Gesellschaft*), waarin het individu terechtkomt wanneer hij buiten de kring van de familie treedt, ligt dat geheel anders. Waar de familie wordt beheerst door het *bepaalde*, is de maatschappij de sfeer van het *onbepaalde*; juist hierdoor schept zij voor het individu de ruimte zich naar zijn eigen voorkeuren te ontwikkelen. Waar het subject binnen de familie in beginsel geldt als een organisch ‘Mitglied’ van een groter geheel laat de maatschappij zich juist beschrijven als een ‘Stufe der Differenz’ die gedijt bij de algemene waarborging van individuele rechtsposities.<sup>62</sup> Als typische ‘Schöpfung [...] der modernen Welt’ wordt de maatschappij dan ook gedomineerd door het ‘abstracte recht’ dat eenieders ‘autonome’ vrijheid in beginsel slechts beperkt ter waarborging van dezelfde ‘autonome’ vrijheid van ieder ander.<sup>63</sup>

57 PhR 144.

58 PhR 142.

59 PhG, p. 23: ‘Das wahre ist das Ganze’.

60 PhR 158; 161.

61 PhR 75, Anmerkung: ‘Unter den Begriff vom Vertrag kann [...] die Ehe nicht subsumiert werden.’

62 PhR 181.

63 Vgl. o.a. Heyde 1987, p. 171 e.v.

In de 'bürgerliche Gesellschaft' ziet Hegel voornamelijk een ruimte waarbinnen de subjecten kunnen ontkomen aan de eenzijdige bepaaldheid van hun familiekring en hun eigen geluk kunnen najagen op de wijze waarop zij dat zelf verkiezen. Daarnaast heeft de burgerlijke maatschappij een belangrijke vormende waarde. Niet anders dan de slaaf en zijn meester zullen de rechtssubjecten zich in hun zoektocht naar persoonlijk gewin uiteindelijk realiseren dat zij in fundamentele zin op elkaar zijn aangewezen.<sup>64</sup> Dit voortschrijdende inzicht is volgens Hegel onder meer zichtbaar in de opkomst van bedrijven ('Korporationen') die, al dan niet uit welbegrepen eigenbelang, voor hun werknemers een soort 'zweite Familie' vormen.<sup>65</sup> De 'civil society', stelt Pelczynski daarom, is niet alleen de sfeer van een onbelemmerde 'pursuit of happiness', maar biedt de burgers ook 'the ethical, intellectual, and practical training' die voor de verwerkelijking van ware vrijheid onontbeerlijk is.<sup>66</sup> In ongereguleerde vorm neigt zij er evenwel toe te verworden tot een hobbesiaanse 'Kampfplatz des individuellen Privatinteresses aller gegen alle', waarin sommigen op bittere wijze het onderspit delven.<sup>67</sup> In haar geperverteerde vorm leidt de burgerlijke maatschappij enerzijds tot een ongekeerde 'Anhäufung der Reichtümer' en anderzijds tot een 'Vereinzelung und Beschränktheit' die niet bevrijdt maar juist beperkt.<sup>68</sup> 'In der bürgerlichen Gesellschaft', schrijft Hegel, 'ist jeder sich Zweck, alles andere ist ihm nichts'.<sup>69</sup> Vervreemd van zijn essentiële betrokkenheid op anderen kan het subject zijn doelen niet bereiken. In haar eenzijdige oriëntatie op het atomaire individu neigt de maatschappij er daarom toe te verworden tot een 'Schauspiel der Ausschweifung, des Elends und des [...] sittlichen Verderbens'.<sup>70</sup>

In haar ultieme vorm, ten slotte, manifesteert de 'Sittlichkeit' zich in de figuur van de staat, die begrepen kan worden als de synthese waarbinnen de familie en de burgerlijke maatschappij zijn 'aufgehoben'. Voor Hegel is de staat allesbehalve kunstmatig; anders dan de contractsfilosofen beschouwt hij de staat niet als een structuur die *vreemd* is aan individuen, maar juist als de culminatie van hun natuurlijke drang tot samenleven, waarbij individuen de ruimte hebben zich te ontplooien zonder bevreesd te hoeven zijn voor de liefdeloosheid van de burgerlijke samenleving.<sup>71</sup> De staat geldt dus niet als een mechanische institutie *tegenover* het individu, maar juist als een organisch wezen waarvan het individu onlosmakelijk deel uitmaakt.<sup>72</sup> Behalve op de zuivere ratio ('das für sich Vernünftige') berust de staat op het 'onmiddellijk weten' ('das an sich Vernünftige') van het gevoel. Aan de staat kent Hegel daarbij een geheimzinnig intersubjectief bewustzijn toe waarin particuliere reflecties en ervaringen verenigd zijn. Enerzijds is de staat evenals de familie

64 *PhR* 182. Zie verder o.a. Heyde 1987, p. 192 e.v., die spreekt over de 'eindigheid van de burgerlijke maatschappij'.

65 Zie o.a. Cobben 2010, p. 122-123; zie ook Knowles 2002, p. 293 e.v.

66 Pelczynski 1969 [1964], p. 120.

67 *PhR* 289, Anmerkung.

68 *PhR* 243.

69 *PhR* 182, Zusatz.

70 *PhR* 185. Zie voor de receptie van dergelijke passages door Marx' interpretatie van de burgerlijke maatschappij o.a. Ilting 1984, p. 93 e.v.

71 Vgl. o.a. Heyde 1987, p. 206.

72 Zie o.a. *PhR* 258, Anmerkung, waar Hegel de staat kenschetst als een 'sich durchdringende Einheit der Allgemeinheit und der Einzelheit'; zie voor het organische karakter van de staat verder o.a. *PhR* 269, Zusatz: 'Der Staat ist Organismus, das heißt Entwicklung der Idee zu ihren Unterschieden.'

een ‘sich empfindende Einheit’ die bijeen wordt gehouden door zedelijke verhoudingen; anderzijds biedt de staat zijn subjecten tot op zekere hoogte de mogelijkheid zich aan die verhoudingen te onttrekken en autonome keuzes te maken. Als zodanig is de staat voor Hegel de ultieme synthese, het ‘absoluter unbewegter Endzweck’ waarin de vrijheid tot haar ‘hoogste recht’ (*höchste Recht*) komt en dat daardoor ‘das höchste Recht gegen die Einzelnen hat’.<sup>73</sup> ‘Mitglied des Staates zu sein’ is voor eenieder een natuurlijke ‘höchste Pflicht’ die de vrijheid van het individu niet beperkt, maar juist mogelijk maakt. Daarmee stelt Hegel zich nadrukkelijk in de traditie van Aristoteles, die de mens beschouwt als een ‘politiek wezen’ dat alleen volwaardig kan bestaan in private en publieke verhouding tot anderen. ‘Der Mensch, der einsam sein könnte’, schrijft Hegel, ‘wäre ein Tier oder ein Gott’.<sup>74</sup>

## 6. BURGERLIJKE EN ADMINISTRATIEVE RECHTSPRAAK

Hoe dient de staat nu meer concreet te worden ingericht? Onder de koepel van de staat worden zowel de familie als de maatschappij ontdaan van hun eenzijdigheid. ‘Gegen die Sphären des Privatrechts und Privatwohls, der Familie und der bürgerlichen Gesellschaft’, schrijft Hegel, ‘ist der Staat [...] eine äusserliche Notwendigkeit und ihre höhere Macht, deren Natur ihre Gesetze sowie ihre Interessen untergeordnet und davon abhängig sind’. Familie en maatschappij gaan op in de staat als ‘einddoel’, maar blijven tegelijkertijd als afzonderlijke sferen voortbestaan.<sup>75</sup> Tot de familie als affectieve eenheid dringen de formele regels van het abstracte recht in beginsel niet door.<sup>76</sup> Van afzonderlijke ‘personen’ is binnen familieverhoudingen geen sprake; men laat er het masker van zijn ‘persoonlijkheid’ vallen om zichzelf als subject te verwezenlijken binnen een ondeelbare, in beginsel alleen door morele intuïties beheerste ‘sittliche Einigkeit’.<sup>77</sup> In de burgerlijke maatschappij liggen de zaken precies omgekeerd. Als sfeer van afzonderlijke ‘personen’ is zij bij uitstek het domein van het juridische conflict. De rechter dient zich daarbij in de eerste plaats te oriënteren op het abstracte recht, dat uitgaat van het recht als iets ‘allgemein Anerkanntes, Gewusstes und Gewolltes’ dat als zodanig een ‘objektive Wirklichkeit’ heeft.<sup>78</sup> Het menselijke subject achter de ‘persoon’ doet niet ter zake. Voor billijkheidscorrecties op grond van concrete omstandigheden en belangen is in beginsel geen ruimte. In de eerste plaats dient rechtspraak zich te oriënteren op de handhaving van het recht *in abstracto*, zodat de maatschappij als vrije sfeer van individuele, niet wezenlijk op elkaar betrokken personen intact blijft.<sup>79</sup> In de maatschappij ontbreekt ‘die wirkliche Notwendigkeit der Beziehung’ en prevaleert de idee van autonome vrijheid, zodat burgerlijke rechtspraak steeds dient uit te gaan van ‘die absolute Identität der Pflicht und des Rechts’.<sup>80</sup>

73 PhR 258; vgl. de aristotelische notie van de ‘onbewogen bewegter’.

74 D. Henrich (red.), *G.W.F. Hegel. Philosophie des Rechts. Die Vorlesung 1819-1820*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1983, p. 210, geciteerd via Scheltens 1988, p. 103; vgl. Aristoteles, *Pol.* 1253a.

75 PhR 261, Anmerkung.

76 PhR 162.

77 PhR 171.

78 PhR 209.

79 PhR 223, Anmerkung.

80 PhR 261, Anmerkung.

De organische figuur van de *staat*, daarentegen, kan zonder werkelijke 'Beziehungen' niet bestaan; de integriteit van het staatslichaam berust immers voor een belangrijk deel op een onderlinge zedelijke verbondenheid die maakt dat de individuele leden ervan überhaupt kunnen bestaan. Op *bestuurshandelingen* hebben de formele regels van het abstracte recht daarom geen vat. In plaats daarvan is op hen slechts een *zedelijk* normatief kader van toepassing dat nooit kan worden begrepen als een verzameling van formele regels.<sup>81</sup> In de statelijke sfeer kan alleen in het licht van concrete belangen en verhoudingen worden vastgesteld waartoe rechtssubjecten juridisch gehouden zijn. Bestuursrechtelijke verhoudingen worden beheerst door 'Pflichten der Verhältnisse' zonder welke de staat als zedelijk lichaam zou desintegreren.<sup>82</sup> In de onafhankelijke rechterlijke macht ziet Hegel een enigszins wereldvreemde, zich op allerlei manieren 'ausschliessend machende' stand die onvoldoende van gedeelde zedelijkheid doordrongen is om dergelijke plichten op juiste wijze te identificeren. In plaats daarvan zou zij zich slechts plegen te oriënteren op een abstracte terminologie die van het statelijke zedelijk leven is losgezongen.<sup>83</sup> Bescherming van burgers tegen overheidshandelingen hoort daarom niet thuis bij de rechterlijke macht, maar dient haar beslag te krijgen binnen de hiërarchie van de overheid zelf.<sup>84</sup> Een waarborg voor burgers ziet Hegel daarbij vooral in de juiste 'Bildung der Beamten', die hen als 'Staatsbedienten' geheel doordringt van de juiste 'Sittlichkeit'; op die manier zouden zij zich, als een 'zweite Natur', een predispositie kunnen verwerven van waaruit zij in particuliere gevallen steeds tot een juist oordeel komen. Voor zuiver algemene, al te abstracte en formele richtsnoeren is daarbij geen plaats; hoe de overheid dient op te treden, moet volgens Hegel steeds worden gezien binnen de context van concrete zedelijke verhoudingen.<sup>85</sup>

## 7. DE STAAT, HET RECHT EN DE GESCHIEDENIS

In de Nederlandse rechtsontwikkeling zien we een dergelijke organische staats- en rechtsopvatting onder meer terug in het werk van Thorbecke, die evenals Hegel het standpunt huldigt dat een ware rechtsgemeenschap nooit op de kille redelijkheid van de autonome wil alleen kan berusten.<sup>86</sup> De grondslag van de staat is gelegen in de organisch gegroeide gemeenschap die met de sociale natuur van de mens gegeven is. Op die manier stelt Thorbecke zich nadrukkelijk in de aristotelische traditie volgens welke de staat geen artificieel construct is, maar een 'zedelijk lichaam' dat op de natuur van de mens zelf berust. '[W]aar zij ook zamenkomen' zijn menselijke individuen 'door hunnen aard bestemd en strevende om eenig geheel te vormen', zodat zij 'van zelf en zonder het te willen tot eenig verband van werking en wederwerking geraken'; met de eenvoudige

81 *PhR* 295.

82 *PhR* 150.

83 *PhR* 228.

84 *PhR* 295.

85 *PhR* 294, 295.

86 Thorbecke 1825, p. 63-64: '[Wij] houden (...) de verklaring van den staat uit eenig verdrag voor eene ondergeschikte beschouwing van iets, hetwelk eenen hooger grondslag heeft, zonder welken ook dat verdrag niet regtens zou kunnen wezen.'

samenkomst van individuen is in Thorbeckes ogen dus ‘de gemeenschap reeds gegeven’.<sup>87</sup> De formele gestalte van het recht is slechts van secundair belang; wetten zijn volgens hem slechts de afgeleide van een ‘zedelijke wezenlijkheid’ die als de ‘ware oorzaak’ van ons zedelijk zijn en handelen zou zijn aan te merken.<sup>88</sup> ‘Hoe hooger ontwikkeld [het] organisch wezen, des te vrijer de leden’, luidt een van Thorbeckes meest gevleugelde uitspraken.<sup>89</sup> De ‘autonome’ traditie van het sociale contract deed ‘den blik afwenden van datgene, waarop alle regt is gegrond, van het verband van individus met individus en met het geheel, hetwelk zij als regtswezens te vormen hebben’.<sup>90</sup> Elke poging zich de individuele mens voor te stellen als ‘alleen bestaande’ staat gelijk aan ‘het voorstellen van een leven van hand of voet, afgescheiden van het geheel des menselijken ligchaams’.<sup>91</sup>

Evenals de staats- en rechtsopvatting van Hegel past Thorbeckes organische visie goed in een tijdvak waarin algemeen werd afgerekend met ‘de zuiver verstandelijke beschouwingswijze’ van de verlichting, begrepen als een ‘titanische poging om heel het leven van mensch, volk en menschheid te overweldigen en te dwingen naar de regelen van de zuivere rede’. Na de revolutie maakte ‘verstandelijke zelfoverschatting’ plaats voor ‘deemoed’, waardoor men uiteindelijk inzag dat de staat en het recht niet op kunstmatige wijze kunnen worden ‘uitgedacht’, maar zich evenals natuurlijke lichamen stapsgewijs ‘krachtens eigen inwendigen aanleg’ ontwikkelen.<sup>92</sup> In zijn afkeer van het verlichtingsdenken is ook Thorbeckes staats- en rechtsbegrip in die zin duidelijk verwant aan het historisme van de school rondom Savigny. Meer dan de historisten zag Thorbecke echter in dat de ‘autonome’ traditie na het echec van de revolutie niet zomaar terzijde kon worden geschoven. In een organische geschiedsopvatting valt immers moeilijk te ontkennen dat de opkomst van de ‘onhistorische scholen’ van het natuur- en rederecht op zichzelf toch ook als een historisch verschijnsel moet worden beschouwd.<sup>93</sup> Hoe kan nu een stelsel worden ontwikkeld waarin de waardevolle elementen van de verlichte staats- en rechtsleer worden geïncorporeerd terwijl de gevaren ervan worden geneutraliseerd?<sup>94</sup> In antwoord op dergelijke vragen ontwierp Thorbecke een ‘romantisch liberalisme’ dat hem bij uitstek in staat stelde conservatieve en meer vooruitstrevende ideeën met elkaar te verenigen.<sup>95</sup>

Daarbij greep Thorbecke terug op geschiedfilosofische uitgangspunten die nauw verwant zijn aan Hegels speculatieve dialectiek. Enerzijds onderschrijft Thorbecke het historistische standpunt dat ‘jedes Zeitalter sein Dasein, seine Welt’ moet worden gezien als ‘die Fortsetzung und Entwicklung aller vergangenen Zeiten’; de verlichte idee van de moderniteit als tijdvak dat zichzelf ‘frei und willkürlich [...] hervorbringe’ wijst hij af.<sup>96</sup> Anderzijds neemt Thorbecke afstand van de historisten wanneer hij stelt dat ‘das

87 Thorbecke 1825, p. 65.

88 Vgl. o.a. Thorbecke 1825, p. 42.

89 Thorbecke 1872 [1844], p. 88.

90 Thorbecke 1825, p. xiii.

91 Thorbecke 1825, p. 14-15.

92 Manger 1935, p. 184-186.

93 Zie o.a. Poortinga 1987, p. 45.

94 Vgl. o.a. Kossmann 1987, p. 335.

95 Vgl. o.a. Drentje 2004, p. 17-18.

96 Savigny 1815, p. 3.

bestehende und historisch gebildete' nooit de enige maatstaf voor het recht kan zijn. Volgens Thorbecke bezit elk tijdvak of rechtsstelsel een afzonderlijke 'Eigenthümlichkeit' die zich op grond van 'die bisherige Geschichte' alléén nooit geheel laat verklaren.<sup>97</sup> Die fundamentele kritiek op het historisme kan alleen goed worden begrepen tegen de achtergrond van een debat dat de Duitse intellectuele wereld van de vroege negentiende eeuw stevig in zijn greep hield. In de loop van de moderniteit won de gedachte steeds meer terrein dat God niet transcendent aanwezig is, maar zich openbaart als drijvende kracht in de wereld zelf; het wereldlijke en het goddelijke zouden daarmee te beschouwen zijn als een alomvattend geheel, waaruit het wezen van individuele entiteiten (waaronder, bijvoorbeeld, volken, staten, rechtsstelsels, individuele personen en historische periodes) steeds geheel is af te leiden. Thorbecke daarentegen meende dat God enerzijds transcendent, maar anderzijds ook in de wereldlijke natuur aanwezig is; daarbij volgde hij Krause, die voor dit tweeslachtige godsbegrip de term 'panentheïsme' ('Allingottlehre') introduceerde.<sup>98</sup> Anders dan de pantheïsten meende Krause dat elk ding afzonderlijk (*pan* in de zin van 'elk') er enerzijds een eigen verhouding met een transcendente God (*theos*) op nahoudt, terwijl deze zelfde God ook onmiddellijk in (*en*) elk afzonderlijk individu aanwezig is.<sup>99</sup>

Vanuit dat 'panentheïstisch' kader betoogt Thorbecke dat individuen elk een eigen 'grondbegrip' bezitten dat hun door God als transcendentie is ingeplant. 'Ieder levend wezen', schrijft hij bijvoorbeeld, 'is in de Goddelijke ordening, boven den tijd, met eenen, aan hetzelfde bijzonder eigen, aanleg geschapen, dien men zijn oorspronkelijk of grondbegrip noemen kan. Het beslaat, in het heelal dier ordening, als één geheel of organisch zamenstel, van begrippen gedacht, zijne bijzondere plaats, als individueel lid.'<sup>100</sup> Individuele entiteiten zijn dus in de eerste plaats zelfstandige organische gehelen. Dat neemt echter niet weg dat zij op hun beurt deel uitmaken van een 'heelal dier ordening' dat eveneens een zich organisch ontwikkelend geheel is. Deze ontwikkeling wordt door de transcendente God gewild en kan daarom niet zonder meer uit de immanente werkelijkheid worden afgeleid. Van een vanzelfsprekend 'normatiefverklaren van [het] verleden voor den eigen tijd' is daarom niet langer sprake.<sup>101</sup> In plaats daarvan staat het heden met het verleden voortdurend 'in lebendigem Verkehr' waarbij 'das Spätere nicht bloss bestimmt [wird] von dem Vergangenen', maar waarbij het ook over een 'eignes Vermögen der Bestimmung' beschikt.<sup>102</sup> De historische voortgang levert volgens Thorbecke voor die opvatting het bewijs; zonder wisselwerking tussen heden en verleden verliest de geschiedenis haar dynamiek.<sup>103</sup>

97 Thorbecke 1824, p. 8-9.

98 Zie o.a. Drentje 2004, p. 106-109 en Broersema 1949, p. 87-89.

99 Zie o.a. Cooper 2006, p. 121.

100 Thorbecke Collectie 646, geciteerd via C.H.E. de Wit, *Thorbecke en de wording van de Nederlandse natie*, Nijmegen: SUN 1980, p. 39.

101 Manger 1938, p. 129.

102 Thorbecke 1824, p. 14.

103 Thorbecke 1824, p. 13-14: 'Wenn ferner das ganze Ganze in der Vergangenheit enthalten wäre, so hätte es damit seinen Lebenskreis geschlossen, und könnte ein darüber Hinausliegendes nicht weiter beleben und bilden.'

In vergelijking met de meer ‘holistische’ staats- en rechtsopvatting van Hegel laat Thorbeckes leer meer ruimte voor de zelfstandige waarde van individuele subjecten en andere afzonderlijke entiteiten. Ten onrechte, meent Thorbecke, gaat Hegels speculatieve methode uit van ‘das Ganze einer geschichtlichen Entwicklung’ die aan ‘jedem einzelnen’ voorafgaat, zodat de ontvouwing van de geschiedenis ‘nach allen ihren Teilen’ vanuit dit ‘Ganze’ kan worden verklaard. Een dergelijke leer is niet alleen verstikkend voor het eigen karakter van afzonderlijke tijdvakken, volken en naties, maar ook voor het afzonderlijke individuele rechtssubject. Voor een ‘Lebender innerhalb [des] ganzen’ zou in Hegels systeemdenken geen plaats zijn, zodat het niemand nog vrijstaat ‘bloss für sich zu seyn’.<sup>104</sup> ‘[D]er einzelne Mensch’, schrijft Thorbecke, ‘ist nicht da, damit in und durch ihn das Zeitalter seiner Nation werde, sich fortsetze und auf einem besondern Punkte zur Erscheinung gelange’.<sup>105</sup> Hegels opvatting van de staat als ‘ein höheres Individuum als der einzelne Mensch’, waarbij het individu slechts kan worden aangemerkt als ondergeschikt ‘Glied’ van de staat als ‘etwas Höheres’, is daarom een ‘durchaus irrige Meinung’.<sup>106</sup> Hoewel Hegels theorie ontegenzeglijk een zekere systeemdwang ademt, valt het met de verstikkende werking daarvan echter wel mee. De werkelijkheid is volgens Hegel zeker geen monolithisch geheel, maar eerder een ‘reine Einzelheit’ van afzonderlijke dialectische elementen die het verloop van de geschiedenis alleen in een systematisch samenspel voort kunnen stuwten.<sup>107</sup> Niet anders dan Thorbecke is het singuliere voor hem daarom van wezenlijk belang; geenszins bepleit hij een stelsel waarin ‘alles nur in [eine] Einheit’ opgaat als in ‘die ewige Nacht’.<sup>108</sup> Andersom neemt Thorbeckes nadruk op de zelfstandige waarde van individuele entiteiten niet weg dat hij de staat met Aristoteles beschouwt als ‘ein ganzes sein Leben organisch in der Zeit bildendes Wesen’ zonder welk de individuele persoon niet kan bestaan.<sup>109</sup> Kortom: de theoretische verschillen tussen de organische staats- en rechtsopvattingen van Hegel en Thorbecke verbloemen niet dat hun beider visies in de kern toch vooral overeenkomen.<sup>110</sup>

## 8. PUBLIEK- EN PRIVAATRECHT

Zoals Drentje in zijn recente ‘intellectuele biografie’ overtuigend aantoont vormen Thorbeckes organisch-idealistische overtuigingen ook voor zijn latere optreden als politicus een duidelijk richtsnoer; van een onderscheid tussen een filosofische ‘vroege Thorbecke’ en een slechts pragmatisch opererende ‘late Thorbecke’ is geen enkele sprake.<sup>111</sup> Naar Drentje signaleert gaat achter Thorbeckes politieke optreden ‘een ideologische samenhang’ schuil die rechtstreeks teruggaat op de door hem in zijn vroege geschriften ontwikkelde filosofische ideeën. Thorbeckes visie op de scheiding tussen publiek- en privaatrecht is daarvan een duidelijk voorbeeld. In grote lijnen volgt Thorbeckes opvatting daarom

104 Thorbecke 1824, p. 5.

105 Thorbecke 1824, p. 17.

106 Thorbecke 1824, p. 29-30.

107 *PhG*, p. 216.

108 *VPhR*, p. 494.

109 Thorbecke 1824, p. 5.

110 Vgl. o.a. Van den Berge 2014b met verdere verwijzingen.

111 Drentje 2004, p. 15.



die van Hegel.<sup>112</sup> Op zichzelf ziet hij de verlichte idee van het autonome individu als een 'wezenlijke voortgang van het leven en regtsbestaan',<sup>113</sup> met dien verstande dat onbelemmerde individuele ontplooiing in zijn ogen alleen kan worden verwerkelijk onder de koepel van een natuurlijke publieke rechtsgemeenschap als hogere grondslag. In navolging van Hegel meent Thorbecke dus dat de vrije maatschappij een contrapunt behoeft in de staat als organisme waarvan individuele rechtssubjecten de onlosmakelijke delen zijn. Dat staatsorganisme komt in Thorbeckes ogen pas tot volle bloei wanneer het zich ontdoet van alle burgerlijke omhulsels, zodat het zich kan tonen in zijn ware gedaante als *zedengemeenschap*. Alleen onder gedeprivatiseerd publiek gezag, dat zich niet primair oriënteert op het abstracte recht maar op gedeelde zeden, kunnen burgers werkelijk vrij zijn. Het 'hedendaagsch regeerstelsel', schrijft Thorbecke bijvoorbeeld in 1848, 'rust op strenge onderscheiding van publiek en privaatrecht'. De voortgang in de 'gang der geschiedenis' zou er zelfs van afhangen; volgens Thorbecke 'keert men tot den middeleeuwsche Staat terug, zoodra men burgerlijk en politisch recht [= bestuursrecht] verwart of op ééne lijn plaatst of naar één zelfden regel behandelt'.<sup>114</sup>

Thorbeckes pleidooi voor een eigen, op organische *zedelijkheid* georiënteerd karakter van het bestuursrecht klinkt ook door in zijn opvattingen over administratieve rechtspraak. Naast een wetgevende macht onderscheidt Thorbecke alleen nog een uitvoerende macht, waarvan de rechterlijke macht slechts als een onderdeel wordt gezien.<sup>115</sup> Thorbeckes 'duas politica' houdt niet in dat rechtspraak en bestuur ook in praktisch-organisatorische zin nauw moeten worden verweven. Voor zover de rechterlijke macht oordeelt over civiel- en strafrechtelijke zaken, dient dit volgens hem te geschieden door geheel zelfstandig opererende rechtbanken.<sup>116</sup> Alleen voor 'politisch regterschap' wordt in dit opzicht een uitzondering gemaakt; administratieve kwesties dienen niet door een op afstand geplaatste rechter, maar door het bestuur zelf te worden beoordeeld. 'De onafhankelijkheid van den burgerlijke en strafregter', meent Thorbecke, 'is louter in het belang der bijzondere personen gevestigd'. 'Politische zaken' draaien echter niet om 'bijzondere personen' als zodanig, maar om 'leden van het geheel'. 'Politisch recht', legt Thorbecke uit, 'geldt niet bescherming van den bijzonderen persoon op zich zelve, maar van het politisch recht en ligchaam' in het geheel.<sup>117</sup> Het 'regterschap' in politieke kwesties is daarom 'regering' en behoort 'uit zijn aard aan de overheid'.<sup>118</sup>

Alleen in het straf- en civielrecht staan volgens Thorbecke dus 'regten van bijzondere personen' centraal. Daarbij situeert hij het privaatrecht evenals Hegel in de sfeer van de vrije 'burgerlijke samenleving', waarin de vrije ontplooiing van autonome

112 Vgl. Van den Berge 2014b, p. 533.

113 Thorbecke 1825, p. xii-xiii.

114 Thorbecke 1948 [1848], p. 81.

115 Collegedictaat van Thorbeckes grondwetscollege (1836-1837) door W. Olivier, geciteerd via Poortinga 1987, p. 254: 'Naar mijne overtuiging bestaat er geen trias politica in den gewonen zin, de staatsmagt is tweeledig.'

116 Zie o.a. Thorbecke-archief, NA, nr. 570, geciteerd via Poortinga 1987, p. 256: 'Vanwege de bijzondere natuur der regtsgedingen wordt de uitoefening van dat deel der uitvoerende Magt, 't welk men de rechterlijke Magt noemt, door de Grondwet zelve overgedragen aan regtbanken.'

117 Thorbecke 1839, p. 161.

118 Thorbecke-archief, NA, nr. 308, geciteerd via Poortinga 1987, p. 257.



individueel centraal staat. Niet anders dan in Hegels systeem geldt in deze sfeer in beginsel het formalisme van het abstracte recht.<sup>119</sup> '[V]an de publieke zaak onafhankelijke' privaatrechtelijke subjectieve rechten gelden in beginsel als 'vaste, door de wet erkende regten van bijzondere personen' die losstaan van het algemeen belang; als zodanig kunnen zij alleen langs de lijnen van het abstracte recht worden beoordeeld. In de ruimte die de staat reserveert voor het privaatrecht dienen overwegingen van publiek belang een ondergeschikte rol te spelen. Rechtspraak in het privaatrecht is op geen enkele manier 'buigzaam'; als enig richtsnoer geldt steeds de 'gesloten kring' van duidelijke, vooraf voor het individu kenbare formele regels.<sup>120</sup> In het privaatrecht dient individuele autonomie het leidende beginsel te zijn. Ook in het strafrecht dient de autonomie van het individu centraal te staan; evenmin als Hegel is Thorbecke een voorstander van een strafproces dat die autonomie al te lichtvaardig opoffert aan de verwerkelijking van maatschappelijke doelen. In het privaatrecht en strafrecht dient de rechter volgens hem dus in beginsel uit te gaan van algemene toepassing van formele regels als de beste rechtswaarborg voor de autonomie van het individu.

In administratiefrechtelijke procedures geldt precies het tegenovergestelde. In die zaken is in Thorbeckes stelsel niet het abstracte recht, maar de materiële gedaante van het algemeen belang de voornaamste leidraad. Het administratieve proces betreft in beginsel 'geschillen tussen regering en geregeerde, over regten en verbindtenissen, ten aanzien van het algemeen belang', waarbij 'het recht van een lid tegenover het hoger recht van het geheel' is geplaatst. Een rechtsoordeel in een administratieve zaak dient zich daarom niet in de eerste plaats te oriënteren op de autonomie van het individu, maar op het algemeen belang van het staatsorganisme als geheel, zonder welk het autonome individu in het geheel niet zou kunnen bestaan. Uitbesteding van administratieve rechtspraak aan de gewone rechter is een uitgesproken slecht idee. Thorbeckes belangrijkste vrees is daarbij dat de burgerlijke rechter bezwaren tegen administratieve beslissingen 'met regtgeschillen [zou] verwarren', ten gevolge waarvan 'zijne onafhankelijke rechtsmacht het bestuur aan de grootste belemmeringen zou blootstellen'.<sup>121</sup> Van een rechtsgeschil is in het administratieve proces echter helemaal geen sprake; de inzet ervan behelst slechts 'dat een verkeerde toepassing van de wet of den wettelijken regel hersteld worde'.<sup>122</sup> Dat burgerlijk en 'politisch regterschap' gescheiden blijven acht Thorbecke daarom van het grootste belang. Als rechterlijk college in administratieve zaken denkt hij vooral aan de Raad van State als een geschikt 'werktuig [...] om in het middelpunt dier rechtsmacht te worden

119 Thorbecke 1843, p. 155: 'Het beginsel der toewijzing is strenge onderscheiding van privaatrecht en publiek recht. De gedingen, die het artikel bedoelt, worden gevoerd over vaste, d.i. van de openbare zaak onafhankelijke, regten van bijzondere personen; regten, welke uit dien hoofde alléén volgens de burgerlijke wet, en niet volgens de regels van een, in het algemeen belang handelend, Staatsgezag kunnen worden beoordeeld.'

120 Thorbecke-archief, NA, nr. 297, geciteerd via Poortinga 1987, p. 277: 'De uitvoering dezer wetten, uit haren aard onafhankelijk van de overige regering, nu is noch gelijk de uitoefening van andere deelen der uitvoerende Macht buigzaam, op grond van het publiek belang, door hooger gebod, noch vatbaar voor eenige politieke tussenkomst. Deze uitvoering is een gesloten kring, en heeft met het stelsel der overige uitvoerende Macht niets te doen.'

121 Thorbecke-archief, NA, nr. 308, geciteerd via Poortinga 1987, p. 287.

122 Thorbecke-archief, NA, nr. 166, geciteerd via Poortinga 1987, p. 285-286: 'Het administratieve recht is contentieus, zoodra door eene partij wordt beweerd, dat het bestuur in strijd heeft gehandeld met eene politieke wet of ander het bestuur verbindend politisch voorschrift.'

geplaatst'. Daarbij ziet hij voor de Raad slechts een 'adviserend regterschap' weggelegd; de eindbeslissing in administratieve zaken komt volgens Thorbecke ten principale toe aan het bestuur zelf.<sup>123</sup>

## 9. PLURALISME

In weerwil van de ethische leegte van de 'autonome' traditie gaan Hegel en Thorbecke derhalve uit van een ethisch 'gevolde' publieke ruimte waarbij de staat wordt voorgesteld als een ondeelbaar zedelijk lichaam. Het bestuur stellen zij zich daarbij voor als een in de rechtsgemeenschap gewortelde 'zedelijke macht' die niet *tegenover*, maar *naast* burgers moet worden gedacht. Onafhankelijke rechters, daarentegen, gelden als enigszins wereldvreemde buitenstaanders; hun afstandelijke positie maakt hen bij uitstek geschikt voor rechtspraak in de domeinen van het straf- en civielrecht, die in beginsel worden beheerst door de formele regels van het abstracte recht. Tot het vellen van het juiste oordeel in administratiefrechtelijke kwesties zijn zij daarentegen niet geschikt; vanuit hun excentrische positie zouden zij onvoldoende in contact staan met de gedeelde zedelijkheid als leidend bestuursrechtelijk beginsel. De rechtsopvatting van Hegel en Thorbecke berust daarmee op de idee van de staat als zedelijke substantie, waarbij vanuit een centraal punt zou kunnen worden vastgesteld wat de door hen veronderstelde gedeelde zedelijkheid precies vereist. Met hedendaagse noties van pluralisme en differentiedenken staat een dergelijk organisch zedelijkheidsconcept op gespannen voet. Het klassieke beeld van de staat als 'zedelijk lichaam' vindt nauwelijks ingang meer. De collectieve identiteit van een rechtsgemeenschap is in een moderne democratie geen mystiek gegeven, maar 'principiële ongreepbaar', waarbij 'de ruimte van macht, soevereiniteit en algemeen belang' wel wordt voorgesteld als een 'lege plaats'.<sup>124</sup> Wat betekent die fundamentele leegte nu voor Honneths actualisering van Hegels organische staats- en rechtsbegrip? Is de organische zedenstaat van Hegel en Thorbecke niet meer dan een filosofisch museumstuk? Of heeft hun zedelijkheidsleer ook ons nog iets wezenlijks te leren?

De principiële leegte van het recht betekent volgens een filosoof als Lefort niet dat de notie van een gedeelde 'zedelijkheid' als samenbindend beginsel wordt opgegeven. Integendeel; juist de lege ruimte van het recht faciliteert een voortdurende onderlinge discussie, zodat juist die leegte een onmisbare samenbindende functie vervult.<sup>125</sup> In haar nadruk op politieke deliberatie is Leforts theorie duidelijk verwant aan de discursieve leer van Habermas,<sup>126</sup> die zijn staats- en rechtsopvatting presenteert als een 'derde weg' die enerzijds voortbouwt op de 'autonome' traditie van Kant en anderzijds op de 'organische' leer van Hegel.<sup>127</sup> Volgens Habermas is de moderne rechtsstaat geen organisch geheel, maar ook geen verzameling van losse individuen. De ultieme bron van de staat en het recht zoekt hij niet in individuen als 'enkele Actoren' en ook niet in het collectief van

123 Poortinga 1987, p. 287.

124 Lefort 1981, p. 172-173; Lefort 1986, p. 28.

125 Foqué 1992, p. 29-30.

126 Vgl. o.a. Rummens 2008, p. 383 e.v.

127 Habermas 1992, p. 15.

de rechtsgemeenschap als ‘staatlich-gesellschaftliches Makrosubjekt’.<sup>128</sup> In plaats daarvan gaat hij uit van een intersubjectieve ‘kommunikative Rationalität’ die zich openbaart in een ideaal proces van deliberatieve politieke wilsvorming. Enerzijds tracht Habermas daarmee recht te doen aan de feitelijke natuur van de mens als sociaal wezen, terwijl hij anderzijds oog heeft voor de fundamentele ‘Subjektstellung’ van elk afzonderlijk individu; beide perspectieven komen samen in het uitgangspunt dat cultureel en historisch bepaalde rechtsnormen alleen legitiem zijn wanneer zij stand houden in voortdurende ‘zwangsfreie’ discussie tussen redelijke individuen.<sup>129</sup> In staatsrechtelijk opzicht vertaalt die intersubjectieve theorie zich in de idee van de *trias politica* als precair evenwicht waarbij geen van de statelijke actoren het laatste woord heeft. De rechter, het bestuur en de wetgever gelden daarbij geen van allen als ‘soverein’; in plaats daarvan zijn zij onderling verweven in een voortdurende dialoog die zich richt op een zich ontwikkelende communicatieve rationaliteit als hoogste maatstaf.<sup>130</sup>

## 10. DEMOCRATISCHE ZEDELIIKHEID

De theorie van Honneth stemt met de ideeën van Habermas en Lefort voor een belangrijk deel overeen. Ook Honneth neemt afstand van het hegeliaanse beeld van de staat als centraal aangestuurd zedelijk lichaam. Het centralistische karakter van Hegels zedelijkheidsleer is onverenigbaar met de moderne idee van democratie, die voorschrijft dat bindende zedelijkheidsnormen in beginsel niet van bovenaf aan individuele rechtssubjecten worden opgelegd. In plaats daarvan pleit Honneth evenals Habermas en Lefort voor een ‘demokratischer Zwischenraum’ waarin een voortdurende ‘diskursiver Austausch’ van meningen en inzichten plaatsvindt.<sup>131</sup> Ook Habermas’ idee van een ‘dialoog’ tussen de verschillende actoren binnen de trias neemt hij daarbij over, waarbij wederzijdse controle binnen een ‘Netzwerk von Instanzen’ uiteindelijk waarborgt dat deliberatieve politieke wilsvorming in de werkelijkheid op de juiste manier beslag krijgt. In zijn zoektocht naar een ‘demokratische Sittlichkeit’ wijkt Honneth daarmee af van de door Hegel en Thorbecke gekoesterde gedachte dat bestuursrechtelijke kwesties door de rechter als zedelijk ‘buitenstaander’ niet goed kunnen worden beoordeeld; in plaats daarvan ziet hij de rechter juist als een belangrijke participant in de voortgaande discussie waarbinnen algemene zedelijkheidsnormen kunnen worden geïdentificeerd.<sup>132</sup> Waarom presenteert Honneth zijn theorie dan toch als een actualisering van de rechtsfilosofie van Hegel? Is de filosofische omweg die hij op die manier neemt wel nodig, of had hij evengoed slechts kunnen voortbouwen op de ideeën van Habermas? Met andere woorden: welke essentiële inzichten destilleert hij uit de filosofie van Hegel die ook voor het moderne recht van waarde zijn?

Veel meer dan Habermas heeft Honneth oog voor de verwoestende werking van normatieve filosofische theorieën die al te zeer zijn losgekoppeld van een analyse van de

128 Habermas 1992, p. 17-18.

129 Habermas 1992, p. 138.

130 Habermas 1992, p. 208 e.v.

131 Honneth 2011, p. 471-472.

132 Honneth 2011, p. 571.

werkelijkheid zelf. Met de idee van de geschiedenis als langzame ontvouwing van een geheimzinnige 'objektiver Geist' kan Honneth niet instemmen; desalniettemin onderschrijft hij het bestaan ervan 'in einem schwachen Sinn' wanneer hij stelt dat 'jede Gesellschaft' tot op zekere hoogte kan worden gezien als de belichaming van een communicatieve rationaliteit die '[sich] in ihren Institutionen, in ihren sozialen Praktiken und Routinen hat [...] niedergeschlagen'.<sup>133</sup> Juist in de immanente analyse van de sociale werkelijkheid ligt daarom het geëigende vertrekpunt van een 'normative Rekonstruktion' als juiste grondslag voor een rechtvaardigheidstheorie. Habermas bewandelt de omgekeerde weg; de 'ideale gesprekssituatie' van waaruit hij redeneert is in Honneths ogen slechts een misleidend uitgangspunt dat aan de werkelijkheid van het recht geheel voorbijgaat. Voor zover Habermas überhaupt geïnteresseerd is in reële sociale verhoudingen betreft dat slechts de 'sekundäre Anwendung' van theoretische beginselen op de contingente werkelijkheid.<sup>134</sup> Honneth bepleit precies het tegenovergestelde: voor hem dient rechtsfilosofisch onderzoek aan te vangen bij de 'gesellschaftliche Realität'; pas daarna kan worden gepoogd die realiteit met behulp van de ratio te doorschouwen, waarbij de waardevolle elementen ervan in een normatieve reconstructie 'herauspräpariert' dienen te worden. Met andere woorden: ook voor Honneth geldt dat de filosofie haar vertrekpunt steeds zoekt in de werkelijkheid waarvan zij zelf deel uitmaakt; 'erst mit der einbrechenden Dämmerung' spreidt Minerva's uil de vleugels.<sup>135</sup>

Honneths hegeliaanse herziening van Habermas' discursieve staats- en rechtsopvatting is niet zomaar een kwestie van filosofische haarkloverij. Rechtvaardigheidsconcepties die in eerste instantie berusten op abstracte veronderstellingen en 'erst nachträglich wieder Anschluß' zoeken bij de sociale werkelijkheid bewandelen volgens Honneth niet alleen de omgekeerde weg, maar hebben in potentie vooral ook een ontwrichtende werking op het werkelijk bestaande sociale leven. Een abstracte theorie als die van Habermas 'weiß [...] im vorhinein gar nicht, ob sich die Kluft zwischen normativen Forderungen und gesellschaftlicher Realität überhaupt überbrücken läßt'; daarom kan het gebeuren dat zij 'in idealistischer Versenkung' allerlei beginselen voortbrengt die met de weerbarstige realiteit niets van doen hebben. Wanneer deze beginselen dwingend aan de werkelijkheid worden opgelegd, kan dat leiden tot ernstige verstoring van de 'communicatieve rationaliteit' die in die werkelijkheid besloten ligt.<sup>136</sup> Evenmin als Hegel wenst Honneth daarmee te beweren dat de sociale, in de geschiedenis en de cultuur verankerde realiteit van het recht zaligmakend is. De hegeliaanse notie van vrijheid in concrete verbondenheid met anderen is daarbij voor hem de ultieme toetssteen. Abstracte normatieve beginselen kunnen nooit op zichzelf worden beoordeeld, maar dienen altijd te worden gezien vanuit de sociale context waarop zij betrekking hebben. Steeds opnieuw dient in de werkelijkheid van het recht te worden onderzocht of zij een bevrijdende werking hebben, of juist een perverterende werking hebben op de leefwereld van de rechtssubjecten en hun vrijheid daardoor in de praktijk veeleer beperken. Met andere woorden: de rechtswetenschap dient

---

133 Honneth 2011, p. 19.

134 Honneth 2011, p. 119.

135 Honneth 2011, p. 24-25.

136 Honneth 2011, p. 119-120.

zich niet te beperken tot het abstracte ‘Begriff des Rechts’, maar strekt zich ook uit naar zijn steeds wisselende, sterk contextafhankelijke ‘Verwirklichung zum Gegenstande’.<sup>137</sup>

Aldus pleit Honneth voor een relationele, sterk op concrete verhoudingen georiënteerde staats- en rechtsopvatting die zich sterk afzet tegen het lege proceduralisme van de ‘autonome’ traditie. Daarbij laat hij zich direct inspireren door de hegeliaanse notie van een publieke ‘Sittlichkeit’ als ‘Netzwerk von sozialen Praktiken’ waarin een intersubjectieve rationaliteit concreet beslag krijgt. Ook voor onze ‘hochmoderne Gesellschaft’ geldt een ‘gemeinsame Orientierung an tragenden Idealen und Werten’ onverminderd als een primaire bestaansvoorwaarde; het democratische en sterk heterogene karakter van de moderne rechtsgemeenschap doet daaraan niet af, maar dwingt er hooguit toe die dragende idealen steeds opnieuw te heroverwegen.<sup>138</sup> Zonder een zedelijk ‘ge vulde’ publieke ruimte kan het recht niet goed functioneren; de procedurele abstracties die de ‘autonome’ leer ervoor in de plaats stelt leiden ook in posttraditionele samenlevingen tot allerlei ‘Verstörungen’ en juridische ‘Fehlentwicklungen’ die werkelijk bestaande sociale verhoudingen ernstig ontwrichten. Een staats- en rechtsopvatting die slechts berust op ‘autonome’ ‘juristische Denkfiguren’ schiet daarom ernstig tekort; steeds is nodig te onderzoeken hoe deze ‘Denkfiguren’ concreet beslag krijgen binnen de zedelijke context van werkelijke sociale verhoudingen. Een nieuwe, op de moderne democratische rechtsstaat toegesneden waardering voor Hegels notie van een publieke ‘zedelijkheid’ is daarom hoogst noodzakelijk.<sup>139</sup>

## 11. CONCLUSIE

Waar de ‘autonome’ traditie veelal uitgaat van de gedachte dat individuele zelfbeschikking alleen gestalte kan krijgen wanneer de publieke ruimte in ethische zin ‘leeg’ blijft, berusten de organische staats- en rechtsopvattingen van Hegel en Thorbecke juist op de gedachte dat ware autonomie alleen mogelijk is binnen de ethisch gevulde ruimte van de staat als zedelijk lichaam. Dat relationele uitgangspunt heeft directe consequenties voor hun visie op bestuursrechtelijke rechtsbescherming. De moderne constitutionele staat dient volgens hen ruimte te bieden aan de vrije civielrechtelijke sfeer van de ‘burgerlijke samenleving’ als domein waarbinnen het individu zich naar eigen inzicht kan ontplooiën; als zodanig wordt het civiele recht overwegend beheerst door de formele regels van het ‘abstracte recht’ als waarborg voor de autonome vrijheid van het individu. In de staat, daarentegen, zien Hegel en Thorbecke een ‘zedelijke’, niet slechts op de ratio maar ook op het ‘onmiddellijk weten’ van de ervaring geënte ruimte waarbinnen individuen zich realiseren in essentiële verbondenheid met anderen. Voor de administratieve sfeer is het ‘abstracte recht’ daarom niet geschikt; bij toepassing ervan in de statelijke sfeer voorzien Hegel en Thorbecke niets minder dan de desintegratie van de staat als zedelijk lichaam, waarbij voor individuele rechtssubjecten nog slechts een verweesd atomair bestaan zou resteren. Als afstandelijke buitenstaanders beschikken onafhankelijke rechters in

<sup>137</sup> Honneth 2011, p. 121-126.

<sup>138</sup> Honneth 2011, p. 18-19.

<sup>139</sup> Honneth 2011, p. 15.

zedelijke kwesties niet vanzelfsprekend over het juiste doorvoelde oordeelsvermogen; hun competentie dient daarom beperkt te blijven tot de rationele en 'abstracte' sfeer van de burgerlijke samenleving. Het eindoordeel in bestuurlijke zaken dient in handen te blijven van het bestuur zelf, dat anders dan de rechterlijke macht in nauw contact zou staan met in de rechtsgemeenschap levende gedeelde morele overtuigingen.

De organische staats- en rechtsopvatting geldt naar huidige maatstaven vrij algemeen als obsoleet. Met name de notie van een algemeen dwingende objectieve zedelijkheid wordt nauwelijks meer onderschreven. Daarnaast wordt veel minder dan voorheen geloof gehecht aan de zedelijke voortreffelijkheid van het bestuur. In de tijd van Hegel en Thorbecke werd nog breed vertrouwd op de juiste 'Bildung der Beamten' als de meest geëigende waarborg tegen misbruik van overheidsbevoegdheden; vandaag de dag is een dergelijk vanzelfsprekend vertrouwen in de integriteit van het bestuur ver te zoeken. Het imago van de rechterlijke macht lijkt daarentegen sterk verbeterd. Veel minder dan in de vroege negentiende eeuw gelden rechters nog als buitenstaanders die wellicht geleerd zijn, maar over geen enkele doorleefde kennis beschikken van de sociale realiteit. Het felle verzet van Thorbecke en Hegel tegen onafhankelijke rechterlijke controle op het bestuur is voor ons daarom nauwelijks nog invoelbaar. Dat wil echter niet zeggen dat hun argumenten voor het huidige recht niet relevant meer zijn. Met name de aandacht die Hegel en Thorbecke vragen voor de versturende werking van het 'abstracte recht' op werkelijk bestaande sociale verhoudingen is nog altijd zeer actueel. Daarnaast maken hun analyses duidelijk waarom het recht in het algemeen, maar zeker ook het administratieve recht nooit kan volstaan met de abstracte onbepaaldheid van rationeel verstandsrecht, maar zich steeds ook dient te oriënteren op hetgeen behoorlijk is binnen bepaalde sociale verhoudingen.

In zijn zoektocht naar een 'democratische zedelijkheid' onderschrijft Honneth de gebreken van Hegels leer maar tracht hij de waardevolle elementen ervan voor het heden te behouden. Daarbij ziet hij in Hegels notie van 'zedelijkheid' het juiste medicijn tegen de 'Pathologien der Vernunft' die het gewone 'communicatieve handelen' ernstig verstoren en daardoor een ontwrichtende werking hebben op het moderne gemeenschapsleven. Bestaande sociale praktijken en instituties belichamen volgens Honneth een intersubjectieve 'communicatieve rationaliteit' die zowel in de filosofische theorie als in de praktijk van het moderne recht al te zeer wordt veronachtzaamd. Ter vervanging van in zijn ogen veel te eenzijdig verstandelijke theorieën als die van Rawls en Habermas pleit hij daarom voor een 'normatieve reconstructie' die haar startpunt niet kiest in een of ander vrijblijvend gedachte-experiment, maar in de werkelijkheid zelf; met Hegel meent hij dat deze pas in tweede instantie kritisch kan worden doorschouwd. Uiteindelijk hoopt Honneth een zedelijkheidsbegrip op het spoor te komen dat in moderne democratische samenlevingen bruikbaar is. Wat een dergelijke 'democratische zedelijkheid' in post-traditionele, geprivatiseerde en heterogene westerse samenlevingen concreet zou moeten behelzen blijft daarbij volstrekt onduidelijk. Op die manier laat Honneth ons achter met een heldere diagnose, maar zonder duidelijk recept voor een medicijn. Dat de idee van een democratische zedenstaat juist in een pluriforme samenleving door sommigen ook als verstikkend zou kunnen worden ervaren en derhalve mogelijk ook op zichzelf tot ziekteverschijnselen aanleiding zou kunnen geven blijft onderbelicht.

# IV

## BUYS, LOEFF EN STRUYCKEN\*

*De spanning tussen 'autonome' staats- en rechtsopvattingen enerzijds en meer 'relationele' ideeën over de staat en het recht anderzijds komt onder meer sterk naar voren in de polemiek tussen Loeff en Struycken over de wenselijkheid van onafhankelijke bestuursrechtspraak. Die discussie wordt in hedendaagse literatuur vaak begrepen in anachronistische termen die de standpunten van ieder van hen te weinig recht doen. Een juist begrip ervan ontstaat vooral wanneer zij wordt gezien in de staats- en rechtsfilosofische context waarin zij thuishoort. Loeffs wetsontwerp tot regeling van onafhankelijke bestuursrechtspraak berust niet op een zielloos formalisme, maar is doortrokken van een vurig 'autonoom' ethos dat het recht van elke dwingende zedelijkheid gezuiverd wil zien. Struyckens verzet tegen Loeffs ontwerp is niet ingegeven door een naïef vertrouwen in democratische controle, maar grijpt sterk terug op de 'relationele' zedelijkheidsleer van organische denkers als Hegel en Thorbecke. Buys neemt tussen Loeff en Struycken een interessante middenpositie in. Nadere analyse van de canonieke en ook voor de latere ontwikkeling van het Nederlandse bestuursrecht sterk funderende discussie tussen Loeff en Struycken is niet alleen historisch interessant, maar kan bovendien ons inzicht vergroten in dilemma's waarmee wij nog altijd worstelen. Terecht is bestuursrechtspraak door onafhankelijke, op zekere afstand geplaatste en langs min of meer abstracte juridische lijnen oordelende rechters in het huidige recht een voldongen feit. Dat wil echter allerminst zeggen dat Struyckens bezwaren tegen de pathologieën van een al te 'autonoom' stelsel van bestuursrechtspraak niet langer relevant zijn.*

### 1. INLEIDING

Hoe verhoudt de spanning tussen autonome en relationele staats- en rechtsopvattingen zich nu tot meer concrete bestuursrechtelijke discussies? Een eerste aanzet tot een antwoord op die vraag kan worden gevonden in een analyse van de polemische discussie tussen Loeff en Struycken over de wenselijkheid van onafhankelijke bestuursrechtspraak. Deze discussie behoort tot de canon van het Nederlandse recht.<sup>1</sup> Waar Loeff integratie

---

\* De paragrafen 1 tot en met 5 van dit hoofdstuk bouwen deels voort op Van den Berge 2014a en Van den Berge 2015a.

1 Vgl. o.a. Schlössels 2009b, p. 686.



van bestuursrechtspraak in de gewone rechterlijke macht bepleitte, wilde Struycken van rechterlijke controle op het bestuur niets weten. De controverse begon met de verschijning van Struyckens polemische brochure *Administratie of rechter* in 1910,<sup>2</sup> waarin Struycken fel ageerde tegen het wetsontwerp waarmee Loeff in 1905 als Minister van Justitie zijn ideeën over administratieve rechtspraak trachtte te verwezenlijken.<sup>3</sup> De polemiek kreeg nader gestalte met de publicatie van een rede uit 1911 waarin Loeff uitgebreid op Struyckens argumenten reageerde;<sup>4</sup> Struyckens venijnige antwoord liet niet lang op zich wachten.<sup>5</sup> Als ware klassieker heeft de controverse in het curriculum van veel Nederlandse rechtenopleidingen een vaste plaats. In vrijwel elk beschikbaar bestuursrechtelijk leer- en handboek komt zij ter sprake.<sup>6</sup> Ook elders in de bestuursrechtelijke literatuur wordt de kwestie frequent aan de orde gesteld. Terecht wordt daarbij de laatste jaren vaak benadrukt dat de kwestie niet simpelweg kan worden begrepen als een verhaal over de vooruitziende blik van ‘good guy’ Loeff wiens heilzame plannen werden getorpedeerd door de kwaadaardige retoriek van ‘bad guy’ Struycken.<sup>7</sup> Desalniettemin wordt de controverse in de literatuur veelal nog lang niet ten volle begrepen.<sup>8</sup>

Hardnekkig is vooral het beeld van Struycken als democraat enerzijds en Loeff als voorvechter van individuele rechtsbescherming anderzijds. Daarmee wordt de kwestie vervat in een anachronistisch begrippenkader dat zowel het standpunt van Loeff als dat van Struycken te weinig recht doet. Zo schrijft Schlössels het verzet van Struycken tegen onafhankelijke administratieve rechtspraak ten onrechte toe aan een naïef vertrouwen in democratische controle, terwijl hij Loeff opvoert als een liberale hemelbestormer die zijn tijd al te zeer vooruit was.<sup>9</sup> Een completer beeld van de controverse ontstaat wanneer de opvattingen van Loeff en Struycken worden gezien in een ruimere ideeënhistorische context. Op die manier wordt duidelijk dat Loeffs ideeën aansluiten bij de ‘autonome’ traditie die uitgaat van de staat als ‘kunstwerk’, terwijl Struyckens opvattingen geworteld zijn in de ‘relationele’ notie van de staat als ‘natuurlijk lichaam’ dat zich op organische wijze heeft gevormd binnen een bepaalde cultuur en geschiedenis. Voor Loeff is het individuele rechtssubject de enige bron van de staat en het recht; als zodanig wijst hij de idee van een ‘gedeelde zedelijkheid’ of een anderszins ‘ethisch gevulde’ publieke ruimte ten stelligste af. Waar Loeff de staat en het recht begrijpt als het artificiële product van atomair bestaande individuen, gaat Struyckens staats- en rechtsbegrip juist uit van wezenlijke publieke verhoudingen tussen die individuen. Daarmee plaatst Struycken zich rechtstreeks in de ‘relationele’ traditie van denkers als Hegel en Thorbecke, waarbij hij

2 Struycken 1910.

3 *Wettelijke maatregelen tot regeling der administratieve rechtspraak*, Den Haag: Belinfante 1906 (MvT).

4 Loeff 1912.

5 Struycken 1912.

6 Zie o.a. Vegting 1957, deel 2, p. 387-397; Donner 1987, p. 313-318; Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1060-1061; Damen & Nicolai 2009, p. 38-39 en (zij het summier) Schreuder-Vlasblom 2013, p. 24.

7 Michiels 2009, p. 9 e.v.; Schueler 2005a, p. 134; Schlössels 2009b, p. 686 e.v.

8 Vgl. o.a. Van den Berge 2014a.

9 Schlössels 2009b, p. 686-690. Zie verder Van den Brink 1992, p. 86; Schlössels 2003, p. 3; Damen & Nicolai 2009, p. 39; Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1061 en De Poorter & De Graaf 2011, p. 52 voor vergelijkbare analyses.



aansluit bij de ‘organische’ idee van een ethisch ‘gevuld’ publiekrecht als een domein dat door rechters als zedelijke ‘buitenstaanders’ niet kan worden bestreken.

De intellectuele wortels van de polemiek tussen Loeff en Struycken worden vooral zichtbaar wanneer wordt begrepen hoe hun opvattingen zich verhouden tot de Duitse staatsfilosofie. Zoals vrijwel het gehele academische leven werd de ideeënontwikkeling over de staat en het recht rond de eeuwwisseling gedomineerd door Duitse denkers. In de loop van de negentiende eeuw won de idee van de ‘rechtsstaat’ steeds meer terrein. Met de uitdijning van het bestuursapparaat werd steeds duidelijker dat overheidsdienaren het collectieve belang van de staat niet altijd zonder meer voorop stellen; de roep om een stelsel waarin ook zij aan rechtsregels gebonden zijn nam daarmee sterk toe.<sup>10</sup> Aanvankelijk nam de rechtsstaatgedachte twee afzonderlijke vormen aan. Enerzijds waren ‘liberale’ theorieën sterk geënt op de categorische handhaving van algemene wettelijke normen. Robert von Mohl, bijvoorbeeld, verwijst naar de ‘Rechtsstaat’ als een rechtsgemeenschap waarin de abstracte ‘Aufrechterhaltung der Rechtsordnung’ voortaan door het kunstwerk van de constitutie is gewaarborgd.<sup>11</sup> Daarbij gaat hij niet zozeer uit van natuurlijke subjectieve rechten (‘Menschenrechte’), maar veeleer van ‘bürgerliche’, ‘politische’ en ‘staatsbürgerliche’ rechten als weerslag van een objectieve statelijke orde.<sup>12</sup> Anderzijds benadrukten meer conservatieve geesten het belang van een algemeen bindend publiekrechtelijk zedelijkheidsbegrip. Als ‘zedelijke macht’ kan het bestuur volgens hen niet worden gebonden aan de formele regels van het abstracte recht; een dergelijke rigide inperking van het bestuur zou leiden tot desintegratie van de staat als ‘zedelijk lichaam’. Voor zover het handelen van overheidsdienaren beperking behoeft, kan deze daarom alleen berusten op de meer fluïde vereisten van algemene zedelijkheid.<sup>13</sup>

Aanvankelijk was het meer conservatieve, sterk op het organische staats- en rechtsdenken van Hegel geënte concept van de rechtsstaat duidelijk dominant. De belangrijkste bepleiter van het organische model was Friedrich Julius Stahl (1802-1861), die de staat beschouwde als een ‘sittliches Reich’ dat bij binding aan formele rechtsregels onmiddellijk uiteen zou vallen.<sup>14</sup> In de tweede helft van de negentiende eeuw nam het verzet tegen algemeen bindende zedelijkheidsnormen steeds verder toe. Uiteindelijk mondde dat verzet uit in de dominantie van een positivistische rechtswetenschap die de idee van juridisch bindende zedelijkheidsnormen volledig verwierp. De liberale, strikt formele staats- en rechtsopvatting van Loeff is van die positivistische hang naar ‘zuiverheid’ een duidelijke exponent. Toen Loeff zijn wetsvoorstel indiende, was de positivistische rechtswetenschap alweer op haar retour. Dat zijn wetsontwerp vroegtijdig sneuvelde, lag dus niet zozeer aan de ‘visionaire’ aard ervan, maar eerder aan het achterhaalde karakter van het staats- en rechtsbegrip dat Loeff eraan ten grondslag legde. Als zodanig was zijn

10 Vgl. o.a. Van Caenegem 1991, p. 186.

11 Von Mohl 1832, p. 5.

12 Zie verder o.a. Gozzi 2007, p. 241-242. Natuurrechtelijk geïnspireerde theorieën als die van Karl von Rotteck (1775-1840) schoten na 1815 in Duitsland nooit meer echt wortel en stierven vanaf ongeveer het midden van de negentiende eeuw vrijwel volledig uit. De afwezigheid van natuurlijke publiekrechtelijke subjectieve rechten wordt door Gozzi zelfs als het wezenskenmerk van de klassieke Duitse rechtsstaatgedachte gezien. Zie in dezelfde zin ook Stolleis 1992, p. 159 e.v.

13 Stolleis 1992, p. 102-104.

14 Stolleis 1992, p. 152-154.

ontwerp voor Struycken een gemakkelijke prooi. In zijn bestrijding van het wetsontwerp schrijft Struycken er een aantal perverse uitwerkingen aan toe die sterk overeenkomen met Honneths kritiek op het moderne ‘autonome’ recht; in die zin hebben zijn observaties nog niets aan actualiteit ingeboet. Met een overdreven vertrouwen in democratische controle op het bestuur heeft Struyckens verzet tegen Loeffs ontwerp niets te maken; in plaats daarvan berust het veeleer op de vrees voor de verstoring van zedelijke publiekrechtelijke verhoudingen waarin onafhankelijke bestuursrechtspraak zou resulteren. Niet anders dan Hegel en Thobcke ziet Struycken de staat als een zedelijke eenheid, die bij tussenkomst van onafhankelijke rechters in het ongereede zou raken.

Hieronder licht ik dit alles nader toe. Ik begin met een korte uiteenzetting van de Duitse rechtsstaatgedachte, die zich aanvankelijk sterk oriënteerde op de notie van een gedeelde ‘zedelijkheid’, maar in de loop van de negentiende eeuw een steeds formelere gedaante aannam. Vervolgens bespreek ik de ideeën van J.T. Buys (1826-1893), wiens denken over de staat en het recht een ontwikkeling vertoont die voor die formaliserende tendens representatief is. In het Nederlandse debat over onafhankelijke bestuursrechtspraak speelde Buys een cruciale rol. Als jonge hoogleraar stelde hij zich in de traditie van ‘organische’ denkers als Hegel en Thorbecke, waarbij hij uitging van de staat als zedelijk lichaam waarvan individuen de onlosmakelijke delen zijn. In zijn latere werk ziet Buys de staat evenwel als de kunstmatige creatie van losse individuen, wier rechten alleen gewaarborgd zijn bij formele handhaving van de constitutie. De formalistische wending in Buys’ werk verklaart voor een belangrijk deel waarom hij zich uiteindelijk opwierp als voorstander van onafhankelijke bestuursrechtspraak. Naar ik zal betogen bleven bepaalde organische elementen daarbij bewaard, zodat zijn positie uiteindelijk het midden houdt tussen de extremen van positivistisch formalisme enerzijds en organisch rechtsdenken anderzijds. In zijn late hang naar een formele staats- en rechtsopvatting werd Buys ruimschoots overtroffen door Loeff, die als Buys’ promovendus een extreem wetspositivisme ontwikkelde dat in zijn dogmatische zuiverheid zijn weerga zelfs in de Duitse rechtswetenschap niet kende. Tegen de achtergrond van het extreme karakter van Loeffs ontwerp kunnen Struyckens bezwaren ertegen beter worden begrepen. Tot slot van dit hoofdstuk buig ik mij over de actuele relevantie van die bezwaren. In hoeverre valt ook voor ons van Struyckens analyse nog iets te leren?

## 2. DE RECHTSSTAAT

Een nauwkeurige definitie van rechtsstatelijkheid werd voor het eerst gegeven door de conservatieve Pruisische staatsrechtgeleerde en politicus Friedrich Julius Stahl, die sterk onder invloed stond van Duitse idealisten als Schelling en Hegel.<sup>15</sup> Het concept van de rechtsstaat omschrijft hij als volgt:

‘Der Staat soll *Rechtsstaat* seyn, das ist die Losung, und ist auch in Wahrheit der Entwicklungstrieb der neueren Zeit. Er soll [...] die sittlichen Ideen von Staatswegen, also direkt, nicht weiter verwirklichen (erzwingen), als es der Rechtssphäre angehört, d.i. nur bis zur notwendigen Umzäunung. Dies ist der Begriff des Rechtsstaates, nicht

<sup>15</sup> Stolleis 1992, p. 152-153; Grosser 1963, p. 10-22.

etwa, daß der Staat bloß die Rechtsordnung handhabe ohne administrative Zwecke, oder vollends bloß die Rechte der einzelnen schütze, er bedeutet überhaupt nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Charakter, dieselben zu verwirklichen.<sup>16</sup>

Deze omschrijving van rechtsstatelijkheid heeft in de Duitse staatsrechtelijke literatuur een iconische status; vooral naar het fiere adagium dat de *staat* een *rechtsstaat* dient te zijn wordt nog altijd vaak verwezen.<sup>17</sup> Het hegeliaanse, sterk op zedelijke verhoudingen georiënteerde karakter van Stahls rechtsstaatsbegrip komt pas in het vervolg van Stahls omschrijving naar voren en blijft vaak onbelicht. Niet anders dan Hegel voert Stahl de moderne constitutionele staat terug op een in de geschiedenis aanwezige ‘Entwicklungstrieb’ die gestaag vooruitgang brengt. Vervolgens stelt hij dat ‘zedelijke ideeën’ slechts tot op zekere hoogte dwingend aan burgers mogen worden opgelegd. Aan de onlosmakelijke verbondenheid van het individu aan de staatsgemeenschap doet dit op zichzelf niets af; Stahl merkt alleen op dat staatsdwang aan grenzen is gebonden, zodat burgers tot op zekere hoogte over een vrije rechtssfeer beschikken waarbinnen zij zich geheel naar eigen inzicht kunnen ontplooien. Dat betekent echter geenszins dat het recht zich slechts op ‘die Rechte der einzelnen’ zou moeten oriënteren; in plaats daarvan neemt Stahl het teleologische standpunt in dat de verwerkelijking van bovenindividuele ‘administrative Zwecke’ in de rechtsstaat juist een centrale rol dient te vervullen.<sup>18</sup> De zuiver formele, op ‘vernunftrechtliche’ leest geschoeide gedaante van het ‘abstracte recht’ kan nooit een zalmakend richtsnoer zijn; in plaats daarvan wordt Stahls moderne rechtsstaat beheerst door de eisen van een algemene zedelijkheid die nooit geheel langs rationele lijnen kan worden vastgesteld.<sup>19</sup>

Evenals Hegel en Thorbecke is Stahl daarom een fel tegenstander van onafhankelijke administratieve rechtspraak. De ‘Sphäre der Rechtspflege’ dient wat hem betreft beperkt te blijven tot ‘diejenigen Lebensverhältnisse, in welchen es der primäre und absolute Zweck ist, den einzelnen Staatsbürger bei dem ihm zukommenden Recht unverbrüchlich zu erhalten’; net als Hegel en Thorbecke denkt Stahl daarbij niet alleen aan privaatrechtelijke, maar ook aan strafrechtelijke verhoudingen. Administratieve kwesties zijn volgens Stahl daarvan fundamenteel verschillend doordat hun ‘primäre Zweck’ niet ligt in de bescherming van de private rechtssfeer van het individu, maar in de verwezenlijking van ‘eine Gestalt und ein Erfolg für das Ganze’, waarbij het laatste woord dient toe te komen aan ‘die Sphäre der Verwaltung der Behörden’.<sup>20</sup> Toepassing van abstracte en zuiver verstandelijke regels hoort in Stahls ogen thuis in de ‘privatieve sferen’ van het privaaten strafrecht; in administratieve zaken, daarentegen, dienen de ‘sittliche Ideen’ van het staatsorganisme als geheel voorop te staan. Het onder de vorst ressorterende bestuur, door Stahl aangeduid als in de rechtsgemeenschap zelf gewortelde ‘sittliche Macht’, beschikt volgens Stahl over veel meer doorleefde bekendheid met dergelijke ‘sittliche Ideen’ dan

16 Stahl 1845, deel 2, band 1, p. 106 (cursief in origineel).

17 Zie o.a. Scheuner 1968, p. 483; Gozzi 2007, p. 241.

18 Sobota 1997, p. 320 e.v.

19 Zie verder o.a. Scheuner 1968, p. 484.

20 Stahl 1845, deel 2, band 1, p. 447-448.

onafhankelijke rechters, die in zijn ogen slechts bedreven zijn in de formele toepassing van het abstracte recht.<sup>21</sup>

De bezwaren van Stahl tegen onafhankelijke administratieve rechtspraak gaan echter veel verder dan het praktische argument dat rechters op zedelijk terrein niet deskundig zijn. De gevolgen van de invoering van onafhankelijke administratieve rechtspraak zijn volgens hem veel ernstiger dan verkeerde rechterlijke beoordelingen alleen. Van de gehele staat als een ‘zedelijk rijk’ (*sittliches Reich*), waarvan de burgers de natuurlijke leden zijn, zou na invoering van onafhankelijke bestuursrechtspraak weinig overblijven. De publieke ruimte als organische leefgemeenschap, die zelf haar zedelijke koers uitzet, komt in dat geval aan de burgers te ontvallen. Beroofd van haar hoogheidskarakter zou de overheid in Stahls ogen verworpen tot ‘blosse Privatpartei’, die nog slechts *tegenover* de burgers kan worden gedacht; van de integrerende rol van de koning en zijn bestuur als een ‘sittliche Macht’ zou niets resteren.<sup>22</sup> Burgers, die in zo’n situatie nog slechts *tegenover* de overheid zouden kunnen worden gedacht, zouden daarbij verweesd achterblijven:

‘[D]ie Unterthanen hätten aufgehört, ergänzende Glieder des Staates, dieses sittlichen Ganzen zu sein, sondern ständen ihm als einem Subjecte ausser ihnen als losgetrennte, unabhängige, gleichartige Subjecte gegenüber.’<sup>23</sup>

Onafhankelijke bestuursrechtspraak zou de integriteit van het staatslichaam dus zodanig aantasten, dat de burgers hun deelgenootschap aan het statelijk lichaam en daarmee hun essentiële publieke verbondenheid met anderen zouden verliezen; van de staat als een ‘sittliches Ganze’ is in die situatie immers geen sprake meer. In plaats daarvan rest hun volgens Stahl nog slechts de atomaire positie van ‘losgetrennte, unabhängige [...] Subjecte’ die nergens meer bijhoren en diensgevolge niet werkelijk vrij zijn. Om dergelijke verweesdheid te voorkomen, mogen bestuurlijke zaken nooit verworpen tot ‘Justizsache’.<sup>24</sup> Wie meent dat bestuurskwesties een voorwerp van zuiver gerechtelijke cognitie kunnen zijn, brengt het voortbestaan van de staat als zedelijke leefgemeenschap ernstig in gevaar.<sup>25</sup>

21 Zie o.a. Stolleis 1992, p. 102-105. Stahls visie op het bestuur als ‘sittliche Macht’ hangt rechtstreeks samen met het door hem aangehangen ‘monarchisches Prinzip’. Zie o.a. Stahl 1845, deel 2, band 1, p. 208: ‘Es liegt im Wesen des Staates, als sittlichen Reiches, dass eine sittliche Macht in ihm aufgerichtet sey [...]. Das ist die Bestimmung des Königtums. Es ist eingesetzt, damit eine Herrschaft über den Menschen bestehe, persönlich, in sich einig, in sich gegründet [...]. Die Herrschaft des Staates, sohin der Staat selbst, wird persönlich im König.’ De figuur van de koning en het onder hem dienende bestuur liggen dus direct in elkaars verlengde. Voor de zedelijke integriteit van de staat is het koningschap is ‘Einigkeit’ tussen koning en bestuur volgens Stahl onmisbaar. Vgl. in dezelfde zin o.a. Hegel, *PhR* 275.

22 Stahl 1845, band 2, deel 2, p. 446-447: ‘Dächte man sich einen Zustand, dass über die Acte der Staatsgewalt, sei es vor ihrer Vornahme, sei es nachher, richterliche Entscheidung überall eintrete, wenn der Unterthan sich auf Rechtsverletzungen beruft, so hätte damit der Staat aufgehört, wirklich Staat, ein sittliches Reich über den Individuen zu sein, er würde selbst eine blosse Privatpartei, seine Handlungen verlören den Charakter einer höhern Autorität; es käme ihm sein Herrscherrecht gegen den Unterthan nicht in anderer Art zu, als dem Gläubiger seine Befugnisse gegen den Schuldner.’

23 Stahl 1845, band 2, deel 2, p. 447.

24 Stahl 1845, band 2, deel 2, p. 447: ‘Das, was Gegenstand der Verwaltung, der Autorität der Staatsregierung ist, kann demnach niemals, auch wenn Verletzung der Unterthanrechte behauptet wird, zur Justizsache werden.’

25 Vgl. o.a. Scheuner 1968, p. 484.

In tegenstelling tot Stahl beschouwde de gematigd-liberale Pruisische staatsrechtgeleerde en politicus Rudolf von Gneist (1816-1895) de staat niet langer als een organisch wezen, maar als een abstract concept dat de burgerlijke samenleving als complement behoeft om nader vorm te kunnen krijgen. Beducht voor de heerschappij van de massa verzette hij zich hevig tegen de aanzwellende roep om algemeen kiesrecht. Verdere democratisering zou leiden tot het primaat van het platte meerderheidsbelang, waarbij tal van individuele rechten gevaar zouden lopen.<sup>26</sup> Een oplossing zag Gneist in een stelsel van 'Selbstverwaltung', waarbij hij zich liet inspireren door het Engelse stelsel van 'selfgovernment'. In Engeland bestond de 'obrigkeitliche Localverwaltung' voor een belangrijk deel uit 'aanzienlijken' (*honoratioren*), die hun functies bekleedden als onbezoldigde ereambten en alleen door de koning benoemd en ontslagen konden worden.<sup>27</sup> Meer dan op het bureaucratische continent zou de burger in een dergelijk systeem verzekerd zijn van onpartijdige uitoefening van overheidsgezag. Door het bestuur aan formele wetten te binden en bovendien voor een belangrijk deel in handen te leggen van de hogere burgerij als 'belangeloze stand' zou voorkomen kunnen worden dat de staat ten onder gaat in de chaos van de maatschappelijke belangenstrijd. Andersom zou de maatschappij grotendeels gevrijwaard kunnen blijven van staatsingrijpen, zodat voor vrije burgers een maatschappelijke ruimte blijft bestaan waarin zij geheel naar eigen inzicht hun geluk najagen.<sup>28</sup>

Welke plaats komt binnen Gneists duale, sterk op de scheiding van staat en maatschappij geënte stelsel nu toe aan onafhankelijke bestuursrechtspraak? Hoewel hij door sommigen wordt beschouwd als de grondlegger van het Duitse systeem van bestuursprocesrecht,<sup>29</sup> geeft Gneist hiertoe slechts enkele algemene kaders. Anders dan Hegel en Thorbecke meent hij enerzijds dat de rechterlijke macht ten opzichte van de wetgevende en uitvoerende macht onafhankelijk dient te opereren; alleen wanneer de rechter in bestuurszaken 'nach Organisation und Verfahren selbstständig' te werk gaat, kan hij zijn functie naar behoren vervullen. Anderzijds ziet Gneist de door hem bepleite onafhankelijke bestuursrechtspraak niet graag ondergebracht bij de gewone rechterlijke macht. In plaats daarvan pleit hij voor een 'aus der Verwaltung hervorstwachsende Verwaltungsgerichtbarkeit' die zich niet opstelt als 'fernstehendes Richterskollegium', maar haar controle op het bestuur uitoefent 'in einem Sach- und Ortsnähe in sich begreifenden Verfahren', zodat het risico van een te 'justizförmige' rechterlijke beoordeling, die te veel van het algemeen belang zou abstraheren, voorkomen wordt.<sup>30</sup> Anders dan gewone rechtspraak dient het administratieve rechtsoordeel zich niet toe te spitsen op de bescherming van subjectieve rechten, maar slechts op de marginale handhaving van de 'objective Rechtsordnung, welche auch

26 Stolleis 1992, p. 386.

27 Zie o.a. Gneist 1879 [1872], p. 42 e.v.

28 Böckenförde 1969, p. 62-63.

29 Zie o.a. Van den Berg 2003, p. 87.

30 Böckenförde 1969, p. 62.

unabhängig von Parteianträgen und über Parteianträge hinaus, um des öffentlichen Rechts und Wohles willen, zu handhaben ist.’<sup>31</sup>

Gneists concept van een ‘Regierung der Gesetzen’ betekent ten opzichte van het rechtsstaatsbegrip van Stahl een aanzienlijke formalisering; anders dan Stahl, die stelde dat de algemene zedelijkheid nooit in algemeen geldende formele regels kan worden gegoten, redeneert Gneist immers dat de uitoefening van bestuursbevoegdheden wettelijk begrensd dient te worden. Een verdere formalisering van het concept van de rechtsstaat krijgt gestalte in het wetspositivisme van auteurs als Paul Laband (1838-1918), die zich aan gedeelde zedelijke overtuigingen niets gelegen laat liggen.<sup>32</sup> Böckenförde spreekt in dit verband van een ‘spätkonstitutionelle Staatsrechtslehre’ waaruit elk staatsfilosofisch ‘Zweckmoment’ is geëlimineerd.<sup>33</sup> In zijn meerdelige werk over het Duitse staatsrecht besteedt Laband aan historisch en cultureel in de rechtsgemeenschap gewortelde instituties en overtuigingen geen enkele aandacht. In plaats daarvan kiest hij voor de ‘ausschliessliche Herrschaft der logischen Behandlungsart des Rechts’, waarbij voor rechtshistorische, economische, politieke en filosofische onderzoekingen geen ruimte kan zijn. Hoewel hij erkent dat dergelijke onderzoekingen op zichzelf waardevol kunnen zijn, meent Laband dat de rechtswetenschap er niets mee kan aanvangen. ‘Die wissenschaftliche Aufgabe der Dogmatik’ ligt slechts ‘in der Konstruktion der Rechtsinstitute, in der Zurückführung der einzelnen Rechtssätze auf allgemeinere Begriffe und andererseits in der Herleitung der aus diesen Begriffen sich ergebenden Folgerungen’; de rechtswetenschap is daarmee ‘eine rein logische Denktätigkeit.’ De sociale context van het recht is eenvoudigweg ‘ohne Belang’ en zou er ‘nur häufig’ toe dienen ‘den Mangel an Konstruktiver Arbeit zu verhüllen.’<sup>34</sup>

Labands rechtsdenken past in die zin goed in een bredere positivistische tendens die in Duitsland vooral werd aangezwengeld door pandektisten als G.F. Puchta, die het recht vooral beschouwde als het ‘Product einer wissenschaftlichen Deduction’.<sup>35</sup> Net als Laband tracht Puchta het recht te bevrijden uit de ‘Nebel des Volksgeistes’, waarvoor hij ‘die kahlen Gesetze des Denkens’ in de plaats wilde stellen. Voor Puchta en zijn navolgers is het recht daarmee ‘im strengen Sinne’ te beschouwen als een ‘Produkt der Vernunft’, dat slechts uitgaat van een hiërarchisch stelsel van abstracte begrippen.<sup>36</sup> Aldus ontstaat een zogenoemde ‘Begriffspyramide’, waarbij het recht wordt beschouwd als gesloten systeem. Aan de hand van dit begrippenstelsel zou de jurist in staat zijn de meest uiteenlopende rechtsvragen te beantwoorden zonder daarbij, op welke manier dan ook, acht te slaan op de sociale werkelijkheid van het recht. De centrale ‘Aufgabe’ van de ‘Rechtswissenschaft’, schrijft Puchta, bestaat eruit ‘die Rechtssätze in ihrem systematischen Zusammenhang, als einander bedingende und voneinander abstammende, zu erkennen, um die Genalogie der

31 *Verhandlungen des 12. deutschen Juristentages*, Berlin: Jansen 1875, p. 232-233. Vgl. ook Von Gneist 1879 [1872], p. 159: ‘Es ist nicht zulässig Privat und öffentliches Recht auf eine Linie zu stellen, und den Streit über die rechte Ausübung der Staatsgewalten, als einen Kollisionsfall zwischen gleichartigen Rechten zu behandeln – als ein Recht und Gegenrecht, welches durch den Procesrichter zu entscheiden wäre.’

32 Zie o.a. Kop 1992, p. 12-17 en p. 34.

33 Böckenförde 1969, p. 64; zie ook Scheuner 1968, p. 461 e.v.

34 Laband 1911 [1876], deel 1, p. ix.

35 Puchta 1845, p. 37.

36 Wilhelm 1958, p. 79.



einzelnen bis zu ihrem Prinzip hinauf zu verfolgen und ebenso von den Prinzipien bis zu ihren äussersten Sprossen herabsteigen zu können.’<sup>37</sup>

Larenz ziet in de positivistische rechtswetenschap slechts ‘die endgültige Entfremdung der Rechtswissenschaft von der gesellschaftlichen, politischen und moralischen Wirklichkeit’.<sup>38</sup> Daarmee onderkent hij te weinig dat hun strikt formalistische, op logische deductie gefundeerde methode op zichzelf toch ook kan worden gezien als de resultante van een onderliggend waardensysteem, dat vaak niet met zoveel woorden wordt geëxpliciteerd, maar desalniettemin aan hun rechtsleer ten grondslag ligt. Achter Labands juridische positivisme, schrijft Böckenförde terecht, schuilt een ‘entschieden liberale und demokratische Grundhaltung’ die vaak te weinig wordt onderkend.<sup>39</sup> Daarbij dient de staats- en rechtsopvatting van Laband onder meer te worden gezien als een poging het recht te zuiveren van de normatieve pretenties van een gedeeld zedelijkheidsbegrip. In ‘einer sozial und weltanschaulich nicht mehr homogenen Gesellschaft’, stelt Böckenförde, is een beroep op ‘absolutes Recht oder absolute Werte’ niet langer geloofwaardig. Wat door aanhangers van de organische staatsleer als Hegel en Stahl werd verkocht als ‘algemene zedelijkheid’ dient in positivistische ogen slechts als rookgordijn voor het privilege van bepaalde groepen om *hun* morele opvattingen dwingend aan anderen op te leggen.<sup>40</sup> In de formele rechtsstaat van Laband is voor een dergelijk privilege geen plaats. De diepere zin van zijn laat-constitutionele staatsleer ligt dan ook in de idee van persoonlijke vrijheid, waarbij de burger niet langer is onderworpen aan een zedelijk ‘ge vulde’ publiekrechtelijke ruimte, maar voortaan principieel vrij is zijn leven in te richten zoals hem dat zelf goeddunkt.<sup>41</sup>

Het vrijheidsideaal van Labands ‘wurzelloser Gesetzespositivismus’ betreft echter in de eerste plaats de bij de staat betrokken burger (‘citoyen’) en niet het geïsoleerde, staatsvreemde individu (‘bourgeois’).<sup>42</sup> Burgerlijke vrijheid is niet ‘um des Einzelnen Willens’ gegeven, maar dient eerder gezien te worden als een ‘Wesenselement der freiheitlichen politischen Ordnung’. Waar slechts een ‘reines individuelles Anspruchsdenken’ heerst, zou de rechtsstaat gevaar lopen, omdat hij dan nog slechts zou bestaan als onsamenhangende verzameling van individuen. In het geval van de ‘alleinige Hervorhebung des Schutzes individueller Rechte’ kan in deze visie dus geen werkelijke *staat* en daarmee ook geen *rechtsstaat* bestaan. De rechtsstaat zou daarom in geen geval de uitdrukking moeten zijn van een ‘schränkenloser Individualismus, in dem sich die isolierten Individuen gegen den Staat zu behaupten haben’.<sup>43</sup> Labands weerzin tegen bandeloos individualisme komt onder meer tot uitdrukking in zijn verzet tegen de notie van publiekrechtelijke subjectieve rechten. Volgens Laband is het recht een gesloten systeem met de in de wet verankerde

37 Puchta 1845, p. 36.

38 Larenz 1983, p. 24.

39 Böckenförde 1969, p. 65.

40 Böckenförde 1969, p. 65-66.

41 Zie Scheuner 1968, p. 489, die spreekt over ‘die Achtung und Erhaltung personaler Freiheit als der Grundlage eines Staates, in dem der Mensch sein Leben in echter Selbstbestimmung ohne zwangsweise Entfremdung und Direktion seines Daseins zu führen vermag.’

42 Zie o.a. Schönberger 1997, p. 90.

43 Scheuner 1968, p. 488-489.

soevereine staatswil als enige bron.<sup>44</sup> De erkenning van privaatrechtelijke subjectieve rechten van burgers jegens medeburgers is in het systeem van Laband geen probleem, zij het dat deze in zijn opvatting alleen bestaan bij de gratie van hun wettelijke constitutie. Ten opzichte van de staat hebben burgers volgens Laband echter slechts plichten.<sup>45</sup> De macht van de staat is absoluut; voor zijn *imperium* moet alles wijken. Tot zijn ‘Angehörigen’ verhoudt de staat zich derhalve nooit als ‘gleichberechtigtes Subject’, maar steeds als ‘mit *Imperium* ausgestatteter Herr.’<sup>46</sup>

In tegenstelling tot het privaatrecht, waarin de rechter zich uitspreekt over de reikwijdte van subjectieve rechten, betreft rechtspraak in het publiekrecht volgens Laband daarom slechts de ‘Aufrechterhaltung und Wiederherstellung’ van de abstracte rechtsorde.<sup>47</sup> Publiekrechtelijke rechtspraak is er niet om ‘einen Streit zu schlichten’, maar alleen om de staat zelf voor machtsmisbruik door zijn overheid te behoeden. Op die manier kan rechtspraak volgens Laband voor het staatscollectief dienen als een ‘Garantie [...] dass [die] Gewalt nach den Geboten der Gerechtigkeit gehandhabt [wird].’<sup>48</sup> Evenmin als Gneist gaat Laband daarbij zo ver dat hij administratieve rechtspraak uitbesteedt aan de gewone rechter. In administratieve zaken, zo redeneert hij, staan niet individuele rechten, maar algemene belangen centraal; dat rechtvaardigt dat administratieve rechtspraak binnen het bestuur zelf wordt georganiseerd.<sup>49</sup> Een vergelijkbare opvatting vinden we onder meer bij Otto Mayer (1846-1924), die er in zijn ‘rein juristische’ benadering van het bestuursrecht niet voor terugschrok ‘mutig das Ganze aufzufassen, um es einheitlich nach gemeinsamen, grossen Gesichtspunkten aufzubauen’. Net als Laband betoogt Mayer dat slechts het objectieve, in de wet gepositieerde recht in administratieve kwesties centraal dient te staan; niet om ‘Schutz von subjektiven Rechten handelt es sich, sondern um Schutz im Wege Rechtsens’.<sup>50</sup> De bijzondere aard van de administratieve procedure vereist ‘eine eigentümliche Ordnung’ binnen het bestuur zelf; ook Mayer schrikt ervoor terug administratieve rechtspraak uit te besteden aan de gewone rechterlijke macht.<sup>51</sup> Anders dan het civiele proces is het administratieve proces geen ‘kontradiktorisches Verfahren’, maar staat het belang van de staat in zijn geheel op het spel. Alleen een ‘Verwaltungsgerichtsbarkeit’ die zelfstandig opereert, maar desalniettemin stevig in het bestuur zelf geworteld is, zou in staat zijn dat belang naar waarde te schatten.<sup>52</sup>

### 3. BUYS

De ontwikkeling van de Duitse rechtsstaatsgedachte van Stahl tot Mayer laat aldus een sterk formaliserende tendens zien. In de Nederlandse bronnen is een dergelijke tendens

44 Vgl. o.a. Schmidt-De Caluwe 1999, p. 171.

45 Zie o.a. Laband 1911 [1877], deel 3, p. 371: ‘In betreff der bürgerlichen Rechtsverhältnisse erkennt der Staat die Freiheit der Individuen innerhalb der von der Rechtsordnung gezogenen Schranken an.’

46 Laband 1911 [1877], deel 2, p. 202.

47 Laband 1911 [1877], deel 3, p. 377.

48 Laband 1911 [1877], deel 3, p. 378.

49 Laband 1911 [1877], deel 3, p. 380-381.

50 Mayer 1895, p. 149.

51 Mayer 1895, p. 54; p. 63.

52 Mayer 1895, p. 63.



bij uitstek te herkennen in de ontwikkeling van het werk van Johannes Theodoor Buys (1826-1893), die vanaf 1862 leerstoelen in het staatsrecht bezette in Amsterdam en Leiden en vrij algemeen wordt beschouwd als de belangrijkste en meest invloedrijke Nederlandse staatsrechtgeleerde van zijn tijd.<sup>53</sup> Bij zijn inauguratie als hoogleraar in Amsterdam was Buys nog een onversneden thorbeckiaan, waarbij hij uitging van de staat als ondeelbaar organisch verband dat constitutief is voor individuele ontplooiing; explicieter nog dan Thorbecke liet hij zich daarbij inspireren door de dialectiek van Hegel en de organische leer van Stahl. Mede onder invloed van Gneist nam zijn denken vanaf de jaren zeventig een opmerkelijke formalistische wending, die vooral ook van invloed was op Buys' ideeën over administratieve rechtspraak. In veel publicaties wordt Buys daarom aangeduid als een prototypische aanhanger van de 'formele rechtsstaatgedachte', wiens 'legalistisch justitialisme' voor een belangrijk deel zijn pleidooi voor onafhankelijke bestuursrechtspraak zou motiveren.<sup>54</sup> In werkelijkheid bereikte de door Buys ingezette formalistische tendens zijn culminatie pas in het werk van Loeff, die in 1887 bij Buys promoveerde. Ik licht dat hieronder nader toe.

In het uitvoerige 'levensbericht' bij Buys' overlijden in het jaarboek van de KNAW brengt de Utrechtse historicus H.P.G. Quack (1834-1917) Buys' aanvankelijke affiniteit met Thorbecke uitgebreid ter sprake. 'In Buys' werkkamer', schrijft Quack, was 'Thorbecke's gipsen statuette, ernstig en stroef' het enige sieraad. 'Klemmend' placht Buys te gewagen van Thorbeckes 'groote verdiensten voor het vaderland'. De identificatie met Thorbecke ging zelfs zo ver dat Quack sterk vermoedde dat Buys het politieke spoor van Thorbecke weldra zou volgen; dikwijks dacht hij 'dat in Buys de opvolger van dien Thorbecke misschien later zou oprijzen'.<sup>55</sup> Alle bewondering ten spijt bleef Buys de academie trouw. Na een korte periode als ambtenaar werd hij in 1862 hoogleraar in Amsterdam; na twee jaar verruilde hij zijn hoogleraarschap aldaar voor een benoeming in Leiden, waar hij tot zijn dood zou blijven. In de rede waarin Buys zijn Leidse hoogleraarschap aanvaardde komt zijn filosofische verwantschap met Thorbecke en Hegel sterk naar voren. De moderne staat is volgens Buys de organische uitkomst van een historisch proces waarin langzaam progressie is geboekt.<sup>56</sup> Evenals Hegel ziet Buys in de antieke 'oostersche theocratieën' een treurig beginpunt, ten opzichte waarvan 'het ontwakend subjectief gevoel' van de Grieken en de geavanceerde juridische ideeënvorming van de Romeinen een 'magtige vooruitgang' zouden hebben betekend. Pas met het Christendom brak evenwel de idee van 'algemeene menschenwaarde' door, die voor de 'juiste bepaling' van alle recht de maatstaf dient te zijn.<sup>57</sup> Onder de Roomse kerk leidde dat nog niet meteen tot staatkundige verbetering; de katholieke nadruk op de eenheid van de kerk als 'mystiek lichaam' en de daarmee samenhangende miskennis van de 'vrije persoonlijkheid' van het individu stond daartoe aanvankelijk te zeer aan in de weg. Een nieuw dynamiek ontstond met de reformatie, door Buys omschreven als een periode waarin het van oudsher op een

53 Van der Hoeven 1989, p. 82; Schreuder-Vlasblom 1987, p. 71.

54 Zie o.a. Van den Brink 1992, p. 84-86; Van der Hoeven 1989, p. 81 e.v.; Schreuder-Vlasblom 1987, p. 71 e.v.

55 Quack 1893, p. 20.

56 Buys 1864, p. 195-196.

57 Buys 1864, p. 198.

ondeelbaar collectief gerichte Christendom in het veel meer op zelfstandige individuen geënte ‘Germanisme’ ‘een zeer sterken bondgenoot’ vond.<sup>58</sup>

Wat dan volgt is een regelrechte hegeliaanse synthese. De Germanen, schrijft Buys, waren ‘even eenzijdig in hun opvatting van de vrije persoonlijkheid’ als de ‘Romanen’ in hun nadruk op de eenheid van het collectief. Pas met de vroegmoderne opkomst van soevereine staten openbaart zich de samensmelting van ‘twee eenzijdige beginselen’ tot een ‘harmonisch geheel’, waarbij het vrijheidslievende ‘Germanisme’ en het veeleer op de integriteit van het geheel gerichte ‘Romanisme’ elkaar vinden in een synthese waarbinnen zij niet langer als tegengestelden, maar juist als elkaars natuurlijke complementen worden gezien. Aanvankelijk stonden Germanen en ‘Romanen’ slechts ‘tegenover elkander, beide even eenzijdig’. Geen van beiden verdedigde ‘een volledig beginsel’; de kracht van de een was de zwakte van de ander. Zonder overkoepelend publiek gezag bleven de Germanen verstoken van ‘overwegende invloed op de wereldgebeurtenissen’, terwijl de ‘Romanen’ blind bleven voor ‘zelfstandige individuele regten’, zodat zij ‘de levende kracht’ ontbeerden om in de moderne wereld tot wasdom te komen. Uiteindelijk lost de ‘antithesis’ tussen Germanen en Romanen zich op in de ‘synthesis’ van de staat als ‘vertegenwoordiger van volkomen eenheid en tegelijk [...] handhaver van de volksvrijheid’. Waar onder Romanen aanvankelijk ‘orde heerschte’ en bij de Germanen juist de ‘onbepaalde vrijheid’ zou de staat voortaan een waarborg zijn voor ‘orde *en* vrijheid’.<sup>59</sup>

De idee van ‘de staat als kunstwerk’, zoals geïntroduceerd door Machiavelli en later verder ontwikkeld door de contractsdenkers, betekent in deze ontwikkeling een belangrijke stap voorwaarts. Ten onrechte berust de kunstmatige staatsleer evenwel op de gedachte dat ‘wat de staat is en wat hij vermog alleen van het individu komt’. De staat is volgens Buys meer dan slechts een ‘werktuig welks vermogen aan het menselijk vermogen is ontleend; evenmin valt de staat te reduceren tot ‘een menselijke schepping, een kunstproduct’ dat zijn subjecten slechts verplicht tot naleving van de wetten die zij zichzelf hebben opgelegd. In plaats daarvan gaat Buys naar het voorbeeld van Hegel en Thorbecke uit van een intersubjectieve ‘zedelijkheid’ die aan formele regels vooraf gaat. Pas het verwoestende geweld van de ‘fransche onwenteling’, schrijft hij, maakte duidelijk ‘wat eene staatsmagt betekent, die zich door geen grenzen gebonden acht’. Ook volgens Buys ligt de kiem van de revolutionaire vernietigingsdrang in het verlichte denken van filosofen als Kant en Rousseau, die zo hoogmoedig waren zich eenzijdig te richten op de vraag ‘wat de staat *in abstracto* behoort te zijn’, terwijl zij vergaten ‘in het wezen van het bestaande zelf naar een maatstaf te zoeken’. Pas op de puinhopen van de revolutie brak bij denkers als Hegel en Thorbecke het inzicht door dat de mens een ‘gezellig schepsel’ is, dat wil zeggen, een ‘politiek wezen’ dat zich buiten de statelijke gemeenschap niet kan ontwikkelen en derhalve ‘ook daar buiten niet kan worden gedacht’. ‘Individu en staat’, schrijft Buys, verhouden zich tot elkaar als ‘een schelpdier tot zijn schelp, die met elkander geboren worden en opgroeien’. Zuiver verstandelijke ‘vooropgestelde theorieën’ die ‘de

<sup>58</sup> Buys 1864, p. 196; vgl. o.a. Hegel, *PhR* 341 e.v.

<sup>59</sup> Buys 1864, p. 199-201.

weg der ervaring' miskennen en dat aristotelische uitgangspunt in de wind slaan, zijn in Buys' ogen levensgevaarlijk.<sup>60</sup>

Quack, die vanaf de vroege jaren zestig nauw met Buys bevriend was, moet diens Leidse intrede hoofdschuddend hebben aangehoord. 'Ik geloof niet', schrijft hij, 'dat de hoofdstelling, die in dat opstel wordt uitéengezet, te weten, dat de staat een levend organisme is, nog altijd door de mannen van het vak als een bruikbare formule wordt beschouwd'. Naar Quacks mening smaakt Buys' Leidse rede te veel 'naar de lezing der vele Deutsche boeken, die Buys tijdens zijn professoraat te Amsterdam voor het eerst had doorgeworsteld'. Gelukkig opende Buys kort na zijn benoeming in Leiden een 'geheel nieuw hoofdstuk van zijn leven' waarin 'het zoeken en het worstelen' voorbij was.<sup>61</sup> Inderdaad slaat Buys in zijn latere werk een geheel andere weg in. Van de idee van de staat als geëvolueerd organisch wezen is niets meer over; in plaats daarvan omarmt hij de 'autonome' notie van de staat als artificiële uitweg uit de woeste natuur. Van enige organische harmonie tussen 'staat' en 'maatschappij' is geen sprake meer; voortaan gaat Buys uit van een voortgaande 'strijd tusschen staat en maatschappij' als onderscheiden elementen.<sup>62</sup> '[A]an eigen krachten overgelaten', schrijft Buys, is 'diepe armoede' alles wat menselijk streven kan uitrichten. De oplossing zou liggen 'in de veelheid der mensen', op voorwaarde dat die veelheid 'georganiseerd, dat wil zeggen gemeenschap, Staat zij'. Zonder een dergelijke statelijke gemeenschap rest slechts de maatschappij als natuurlijke 'ordering van afhankelijkheid' die wordt beheerst door de vrije markt.<sup>63</sup> Alleen de abstractie van 'den steunenden, helpenden, voortdrijvenden staat' kan de woeste maatschappij enigszins beteugelen.<sup>64</sup>

Wat stelt Buys zich bij de strijd tussen staat en maatschappij nu meer concreet voor? In de maatschappij, meent Buys, is 'eigenbelang' de belangrijkste 'drijfkracht', terwijl de staat de 'tot persoonlijke eenheid verheven wilsgemeenschap' van alle individuen gezamenlijk is. 'Waar de Staat eenheid predikt', is de 'Maatschappij' uit op 'scheiding'. Niet anders dan Rousseau redeneert Buys daarbij dat de maatschappij in beginsel wordt beheerst door het 'droit du plus fort', waarbij individuele rechtssubjecten slechts schijnbaar vrij zijn, maar in werkelijkheid worden geketend door onontkoombare private afhankelijkheidsverhoudingen. Terwijl de maatschappij 'overhelst tot onvrijheid' is 'voor den Staat [...] elk individu aan alle andere individuen gelijk en vrij'.<sup>65</sup> Het woelige karakter van het tijdvak waarin Buys zijn ideeën formuleerde klinkt in zijn woorden duidelijk door. Tegen de achtergrond van de sociale problemen die werden opgeroepen door de industriële revolutie, waarbij de staat 'van alle kanten door de Maatschappij [wordt] besprongen',

60 Buys 1864, p. 201-207.

61 Quack 1893, p. 26-27.

62 Buys 1895 [1874], p. 509 e.v.; vgl. o.a. Stein 1921 [1850], p. xliii: 'Inhalt des Lebens der menschlichen Gemeinschaft [sollte] ein beständiger Kampf des Staats mit der Gesellschaft, der Gesellschaft mit der Staat sein.'

63 Buys 1895 [1874], p. 512: '[D]e ordening van de menselijke gemeenschap, zooals de goederenwereld die schept, is eene ordening van afhankelijkheid: de werkman, die tot vruchtbaren arbeid de stof behoeft, maar die stof slechts in beperkte hoeveelheid op de wereld aantreft, hangt af van den eigenaar van die stof, van den kapitalist.'

64 Quack 1893, p. 26.

65 Buys 1895 [1874], p. 512-513.

voorziet Buys een ‘strijd, zoo bitter en zoo grootsch, als noch wij noch onze voorvaderen kenden’. De ‘banier van de staat’ is daarbij ‘de banier van de vrijheid’; alleen wanneer die banier ‘met gespieerde vuist’ wordt omklemd zou de woestheid van de maatschappij op de juiste wijze kunnen worden gekanaliseerd.<sup>66</sup> Een kernprobleem is evenwel dat de staat daarbij mensen uit de maatschappij moet recruterende om zijn organen te bemannen; zelf is de staat immers geen ‘mensch van vleesch en bloed, maar een abstractie’. Daardoor dreigt het gevaar dat het particuliere ‘belang’ als maatschappelijk ‘levensbeginsel’ ook de staat infecteert.<sup>67</sup> Ter neutralisering van dat gevaar zoekt Buys aansluiting bij Gneists model van ‘Selbstverwaltung’, waarin publieke taken voor een groot deel worden verricht door de gegoede burgerij als relatief ‘belangeloze’ klasse.<sup>68</sup> Een staat die ‘heer en geen dienaar’ wil zijn, beperkt zich tot het formuleren van wettelijke kaders ‘zoo goed hij die geven kan’.<sup>69</sup>

Net als Gneist betoont Buys zich daarbij een fervent voorstander van onafhankelijke administratieve rechtspraak. Daarbij bepleit hij een systeem waarin de toetsing van het bestuur niet aan de gewone rechter wordt overgelaten, maar aan een speciaal daartoe op te richten onafhankelijk college.<sup>70</sup> Met dit pleidooi had hij een belangrijk aandeel in de grondwetwijziging van 1887 die onafhankelijke bestuursrechtspraak mogelijk maakte.<sup>71</sup> Omdat die wijziging echter tot niets verplichtte, ontstond al snel een impasse waaruit Buys in een preadvies aan de Nederlandse Juristenvereniging uit 1891 een uitweg trachtte te bieden.<sup>72</sup> In tegenstelling tot zijn mede-preadviseur Van Houten, die administratieve rechtspraak wilde onderbrengen bij de gewone rechter,<sup>73</sup> herhaalt Buys daarin zijn eerder uiteengezette pleidooi voor een bijzonder onafhankelijk college. Daarbij redeneert hij dat de gewone rechter administratieve zaken al te zeer zou bezien vanuit een ‘burgerlijk rechtsoog’, zodat de nadruk zou komen te liggen op de particuliere posities en belangen waarvan het administratieve recht nu juist zo veel mogelijk zou moeten abstraheren. Een college dat bestaat uit leden die ervaring te hebben met het overheidsbestuur zou beter in staat zijn de blik gericht te houden op het algemeen belang als centrale maatstaf.<sup>74</sup> In zijn mooie dissertatie suggereert R. Pieterman dat de jonge, ‘optimistische’ hoogleraar die Buys ooit was in dat standpunt nog herkenbaar is.<sup>75</sup> In tegenstelling tot de ‘jonge Buys’ wilde de ‘oude, pessimistische’ Buys van een verbindende publiekrechtelijke zedelijkheid schijnbaar niets meer hebben; in zijn latere geschriften bepleit hij nog slechts de algemene toepassing van het ‘abstracte recht’ en lijkt hij derhalve uit te gaan van een zedelijk ‘lege’

66 Buys 1895 [1874], p. 538.

67 Buys 1895 [1874], p. 515.

68 Vgl. o.a. Van der Hoeven 1989, p. 114.

69 Buys 1895 [1874], p. 529.

70 Zie o.a. Buys 1884, p. 122, waar hij een zelfstandige administratieve rechtsmacht aanduidt als ‘eene van de meest gezegende vruchten, welke de eerst aanstaande grondwetsherziening brengen kan’. Zie ook Buys 1886, p. 53 e.v.

71 Schreuder-Vlasblom 1987, p. 75 e.v.; Van der Hoeven 1989, p. 98-99.

72 Buys 1891.

73 Van Houten 1891.

74 Buys 1884, p. 337; vgl. Pieterman 1990, p. 153.

75 Pieterman 1990, p. 152: ‘De wijze waarop [Buys] zijn standpunt uitwerkt, vertoont [...] duidelijke sporen van [zijn] oorspronkelijke optimisme.’

publiekrechtelijke ruimte. Toch lijkt zijn oorspronkelijke organische idealisme ook in zijn late werk nog af en toe door te klinken.<sup>76</sup>

De ‘autonome’, sterk op onpartijdige abstracte rechtstoepassing georiënteerde Buys is duidelijk herkenbaar in Buys’ pleidooi voor de volstrekt onafhankelijke positie die een administratieve rechter dient in te nemen. Met de ophanden zijnde komst van het algemeen kiesrecht zag Buys de ‘daverende en bulderende wateren der democratie’ in een ‘donderende golvenreeks’ op zich afkomen, zodat de abstracte publieke orde in zijn ogen op elk moment ten prooi dreigde te vallen aan de splijtende kracht van een maatschappelijke belangenstrijd.<sup>77</sup> Tegen die achtergrond meende Buys dat administratieve rechtspraak niet binnen het bestuur zelf kan worden georganiseerd. Onafhankelijke administratieve rechtspraak, zo veel mogelijk gevrijwaard van ‘het belang’ als ‘maatschappelijke drijfkracht’, is volgens Buys ‘eene onafwijsbare behoefte, zal onze moderne Staat in waarheid rechtsstaat zijn’. Dat wil evenwel niet zeggen dat bestuursrechtspraak bij de gewone rechtbanken moet worden ondergebracht. Daartoe staat het ‘zeer onderscheiden karakter van publiek- en privaatrecht’ in de weg. Het administratieve recht en het privaatrecht zijn ‘twee zoo uiteenlopende rechtsordeningen’ dat zij elk ‘eene bijzondere inrichting van de haar passende rechtspleging’.<sup>78</sup> Verblind door zijn ‘burgerlijk rechtsoog’ zou de gewone rechter niet in staat zijn het bijzondere karakter van administratieve rechten naar waarde te schatten.<sup>79</sup> Ter beoordeling van administratieve kwesties, meent Buys, is een geheimzinnige ‘Bildung’ vereist, bestaande uit ‘afzonderlijke studieën, voorbereiding en oefening’ die meer inhoudt dan de verwerving van dogmatische kennis van abstracte rechtsregels alleen. Een juist oordeelsvermogen in bestuursrechtelijke kwesties kan alleen worden verworven ‘door persoonlijk en jaren lang in het midden van die zaken te leven’. Alleen wie ‘innig met de administratie vertrouwd’ is zal zich volgens Buys niet alleen over de abstracte rechtmatigheid, maar ook over de meer fluïde redelijkheid van bestuurshandelingen kunnen oordelen. Bij uitstek geschikt als administratiefrechtelijk college is volgens Buys daarom de Raad van State; de leden van dat college beschikken in zijn ogen niet alleen over de juiste kennis van het abstracte recht, maar ook over de juiste doorvoelde ervaring met het openbaar bestuur.<sup>80</sup>

#### 4. LOEFF

Aldus wenst Buys het bestuur enerzijds aan de strenge ‘autonome’ banden van de formele rechtsstaat te leggen; anderzijds blijft hij hechten aan de ‘relationele’, sterk op de idee van de staat als ‘zedelijk lichaam’ gefundeerde gedachte van het publiekrecht als een zedelijk domein dat anders dan het burgerlijk recht en het strafrecht niet wordt beheerst door het abstracte recht, maar veeleer door de meer vloeibare eisen van een gedeelde zedelijkheid. J.A. Loeff (1858-1921), die in 1887 bij Buys promoveerde, wilde van dergelijke vaagheden niets weten. ‘[M]et [...] ‘justitia’, schrijft hij, ‘heeft de jurist niets te maken’.

<sup>76</sup> Vgl. o.a. Van den Berge 2015a, p. 151-153.

<sup>77</sup> Quack 1893, p. 249.

<sup>78</sup> Buys 1884, p. 333-336.

<sup>79</sup> Buys 1891, p. 78.

<sup>80</sup> Buys 1884, p. 338; zie ook Buys 1891, p. 82.

Met ongrijpbare ideeën over rechtvaardigheid kan de rechtswetenschapper niets beginnen; hij kan ‘wat zij voorschrijft niet tot een systeem verknden, noch er eene methode op toepassen’. Het enige dat hem aangaat, is alleen het formele recht ‘van den Staat en door den Staat: niet wat de mens bindt als zedelijke wezens, maar wat hen bindt als levende onder de heerschappij van de Staat’; voor zover überhaupt sprake is van recht ‘over den Staat’ valt dat buiten zijn terrein.<sup>81</sup> Aldus betoont Loeff zich een fervent aanhanger van de positivistische leer zoals die in Duitsland onder meer werd voorgestaan door Laband. Zijn rechtsbegrip is ontdaan van elke notie van een bindende intersubjectieve zedelijkheid; wat resteert is slechts een van alle vaagheid ‘gezuiverd’ stelsel van algemene staatsbevelen. Verwijzend naar Laband omschrijft Loeff de staat daarom als een absoluut heerser, een ‘mit Imperium ausgestatteter Herr’ die in zijn ‘machtsvolkomenheid’ als enige de mogelijkheid heeft rechten en juridische plichten op te leggen.<sup>82</sup>

Met dat standpunt neemt Loeff radicaal afstand van de ‘relationele’ organische opvattingen van denkers als Hegel, Thorbecke en Stahl. Met zijn strenge positivisme gaat hij beduidend verder dan Buys, uit wiens rechtsdenken de notie van een zedelijke intersubjectieve verbondenheid nooit geheel verdween. In Loeffs juridische universum ontbreekt daarvan elk spoor; zowel het domein van het burgerlijke als dat van het publieke recht is in zijn leer geheel geënt op onverbonden individuen. Buiten het wetsbevel resteert in zijn stelsel niets dan rechteloze ledigheid; zowel in het privaat- als in het publiekrecht zijn de bevelen die de rechtssubjecten ‘zichzelf’ bij wet opleggen de enige rechtsbron.<sup>83</sup> In geen geval ziet Loeff de staat derhalve nog als een ‘zedelijk lichaam’ waarvan de rechtssubjecten de onlosmakelijke, onderling wezenlijk verbonden delen zijn. Zowel het publiek- als het privaatrecht heeft met in de geschiedenis en cultuur van een bepaalde rechtsgemeenschap niets te maken, maar komt slechts kunstmatig tot stand.<sup>84</sup> Evenmin trekt Loeff zich iets aan van de klassieke gedachte dat publiekrecht zich richt op het algemene en het privaatrecht op het particuliere belang. Een verschil tussen algemene en bijzondere belangen valt in zijn ogen in de praktijk niet te maken. Daarbij geeft Loeff onder andere het voorbeeld van het eigendomsrecht, dat bij oppervlakkige beschouwing alleen particuliere belangen beschermt maar bij nadere beschouwing zeker ook een algemeen belang dient; juridische miskenning van het private eigendomsrecht zou de staat volgens Loeff geheel ontwrichten.<sup>85</sup>

Dat wil niet zeggen dat er tussen publiek- als privaatrecht geen essentieel verschil bestaat. Het wezen van het onderscheid ligt volgens Loeff echter niet in het *doel* dat een bepaald complex aan rechtsregels beoogt, maar in de aard van de *verhoudingen* die erdoor worden geregeld. Het gehele objectieve recht regelt volgens Loeff twee soorten relaties: die tussen de staat (die door Loeff als één en ondeelbaar wordt beschouwd) en

81 Loeff 1887, p. 6.

82 Loeff 1887, p. 7.

83 Loeff 1887, p. 3.

84 D. 1.1.1.2: ‘Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, ius privatum est quod ad singulorum utilitatem.’ Vgl. ook *Instituten* 1.1.4.

85 Loeff 1887, p. 18: ‘Het doel van elken rechtsregel en van elke complex van rechtsregelen is in de eerste plaats het geheel, het algemeen belang, de utilitas publica. De wetgevende macht, de geefster van rechtsregelen bij uitnemendheid, bij de vaststelling van wetten, zoowel van privaatrechtelijke als van andere, enkel en alleen met de utilitas publica te rade te gaan en de utilitas privata geheel ter zijde te laten.’

onderdaan enerzijds en die tussen onderdanen onderling anderzijds. De eerste verhouding is publiekrechtelijk en de tweede privaatrechtelijk van aard. Omdat de staat almachtig is en met het recht zelf samenvalt, zijn subjectieve rechten jegens de staat in Loeffs stelsel ondenkbaar. Over subjectieve rechten beschikken rechtssubjecten alleen in de sfeer van het privaatrecht, waarbinnen de staat geen verhoudingen van ondergeschiktheid, maar juist van onderlinge gelijkheid vestigt. In het publiekrecht, schrijft Loeff, ‘staat de onderdaan altijd met een plicht en nooit met een recht tegenover den Staat’; in het privaatrecht daarentegen ‘staat de eene staatsonderdaan tegenover den ander als gerechtigde tegenover verplichte, en omgekeerd’.<sup>86</sup> Het subjectieve recht van de staat jegens de burger is volgens Loeff dus onbegrensd, terwijl de burger jegens de staat slechts in een verplichtende verhouding staat. Waarom zou in een moderne rechtsstaat nu vereist zijn dat de staat, wiens almacht onbeperkt is, aan zichzelf desalniettemin wetten oplegt? Waarom geldt de staat, die zelf de bron van alle recht is, van datzelfde recht als een van de subjecten? En waarom zou de staat zichzelf van allerlei wettelijke bevoegdheden voorzien, die hij in zijn almacht reeds bezit?

Loeffs antwoord op deze vragen is gelegen in het fundamentele verschil dat hij ziet tussen de *staat* enerzijds en de *overheid* anderzijds. De staat koppelt ‘de hoogste kracht’ aan ‘de hoogste zwakheid’. Hij beschikt over volledig ‘imperium’, maar kan zijn almacht als zuivere abstractie niet belichamen. Om zich te laten gelden in het werkelijke leven heeft hij ‘mensen noodig, feilbare wezens’ die met elkaar de overheid vormen. De overheid is de ‘de hoogste macht in den Staat’, die ‘elken tegenstand, haar geboden, vermag [...] neer te werpen’. Over ‘eigenlijke rechten, bevoegdheden, waarvan de eerbiediging kan worden afgedwongen’ kan jegens de overheid niemand beschikken.<sup>87</sup> Op zichzelf is de hoogheid van het overheidsgezag dus onaantastbaar. Desalniettemin is juridische bescherming geboden tegen de ‘feilbare wezens’ die de staat van vlees en bloed voorzien.<sup>88</sup> Evenals gewone burgers hebben overheden jegens de staat slechts plichten. Hoewel schijn bedriegt, is van bestuurlijke *rechten* nooit sprake. Wanneer de staat bepaalde overheidsbevoegdheden schept, kunnen deze ‘zeer dikwijls rechten schijnen’, terwijl ze welbeschouwd ‘geen rechten, maar slechts plichten zijn’.<sup>89</sup> Van een werkelijke *rechtsbetrekking*, een ‘vinculum iuris’, is derhalve tussen overheden en burgers nooit sprake. De fiscus, bijvoorbeeld, heeft de bevoegdheid volgens bepaalde, door de staat vastgestelde regels belastingen te heffen, maar van een ‘een recht des ontvangers tegenover den belastingschuldige’ is daarbij geen enkele sprake, evenmin als een ‘plicht des belastingschuldigen tegenover den ontvanger’;

86 Loeff 1887, p. 34.

87 *Wettelijke maatregelen tot regeling der administratieve rechtspraak*, Den Haag: Belinfante 1906, p. 64 (MvT).

88 Loeff 1887, p. 34-35.

89 Loeff 1887, p. 37.



zowel op de burger als de fiscus rusten volgens Loeff slechts verplichtingen ‘en dat wel op beide tegenover den Staat’.<sup>90</sup>

De ‘Staat als Rechtsstaat’ eist volgens Loeff dat feilbare overheden de op hen rustende plichten jegens de staat altijd en overal stipt nakomen.<sup>91</sup> Een stelsel waarin rechtsbescherming tegen de overheid binnen het bestuur zelf wordt georganiseerd acht hij hoogst ongewenst. Even goed, meent Loeff, kan men ‘aan den misdadiger de beoordeling [...] overlaten omtrent de straf, die hem behoort te worden opgelegd’. Juridische controle op het bestuur kan alleen worden verricht door een onafhankelijke staatsmacht ‘die meer waarborgen aanbiedt voor onpartijdigheid dan de regeering ooit kan geven’. Een staat die aan dergelijke waarborgen geen belang hecht, verbeurt ‘zijn karakter van Rechtsstaat ten eenenmale’; in een *echte* rechtsstaat behoort onafhankelijke bestuursrechtspraak tot het domein van de gewone rechter.<sup>92</sup> Wat dient deze nu in de praktijk te behelzen? Waar meer organische en meer gematigde positivisten zoals Gneist hoogst bevreesd waren voor de perverse effecten van een louter ‘justizförmige’ controle, ziet Loeff in een zuiver formeel-juridische beoordeling van bestuurshandelingen geen probleem. Anders dan Buys heeft hij aan rechters die ‘innig vertrouwd’ zijn met het openbaar bestuur geen enkele behoefte, laat staan dat hij het nodig acht dat zij beschikken over zoiets geheimzinnigs als een doorvoeld besef van algemene zedelijkheid. In zijn wetsontwerp tot regeling van administratieve rechtspraak stelt Loeff aan bestuursrechters slechts de cognitieve eis dat zij zowel in de rechtsgeleerdheid als in de staatswetenschap gepromoveerd zijn.<sup>93</sup>

Met dat pleidooi breekt Loeff met het vooral door Thorbecke in het Nederlandse recht gevestigde beeld van het burgerlijke recht en het strafrecht als het meer ‘abstracte’ en het administratieve recht als het ‘zedelijke’ recht. Rechtspraak op al die terreinen is niet wezenlijk verschillend; het ‘wezen van alle rechtspraak’ is in zijn ogen steeds de vraag ‘of er in een bepaald geval schennis heeft plaats gehad, hetzij van een privaatrechtelijken, hetzij van een publiekrechtelijken rechtsregel’. De privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke procedure verschillen in Loeffs ogen slechts van elkaar doordat de rechter zich in het privaatrechtelijke zaken over rechtsverhoudingen buigt, terwijl dergelijke verhoudingen in het bestuurs- en het strafrecht ontbreken. Anders dan in het privaatrecht behelst publiekrechtelijke rechtspraak niet in de eerste plaats een ‘beslissing [...] van een tusschen twee partijen loopend geschil’, maar slechts een abstract oordeel aan de hand van het objectieve recht.<sup>94</sup> In zijn ‘objectieve’ opvatting van het publiekrechtelijke proces gaat Loeff in zijn proefschrift beduidend verder dan in zijn latere wetsontwerp. Aanvankelijk propageerde hij een volledig inquisitoir stelsel. Daarbij bepleitte hij zelfs de oprichting

90 Loeff 1887, p. 37-38. Bij de uitoefening van haar taak zal aan de overheid volgens Loeff overigens wel een aanzienlijk ‘freies Ermessen’ moeten worden gegund, omdat bij al te strenge wettelijke binding van haar werkzaamheden ‘het raderwerk der staatsmachinerie’ al snel tot stilstand zou komen. Waar de wet geen grenzen heeft gesteld, is de overheid volgens Loeff daarom in haar handelen geheel vrij; wanneer de wet wel grenzen heeft gesteld, is de overheid volgens Loeff tot aan die grenzen vrij te beoordelen en te beslissen hoe de aan haar toevertrouwde belangen het best kunnen worden behartigd. Zie Loeff 1887, p. 40-41. Zie voor Loeffs opvatting over het ‘freies Ermessen’ verder hieronder, hoofdstuk 9, §5.

91 Loeff 1887, p. 78.

92 Loeff 1887, p. 79.

93 *Wettelijke maatregelen tot regeling der administratieve rechtspraak*, Den Haag: Belinfante 1906, p. 83-85 (MvT).

94 Loeff 1887, p. 67.



van een ‘O.M. in administratieve zaken’ dat ook tegen de zin van belanghebbenden zaken op touw zou kunnen zetten en desgewenst ook buiten hen om zou kunnen seponeren. Voor rechterlijke lijdelijkheid is in Loeffs op algemene wetshandhaving gerichte stelsel geen plaats; de rechter dient zich in het proces uitputtend in te zetten om de objectieve waarheid te achterhalen.<sup>95</sup>

Als Minister van Justitie laat Loeff een iets gematigder geluid horen. In zijn wetsontwerp ontbreekt een ‘O.M. in administratieve zaken’; in plaats daarvan betoogt hij dat rechterlijke toetsing achterwege kan blijven wanneer deze door ‘naastbetrokkenen’ niet wordt verlangd.<sup>96</sup> Een verzoekschriftprocedure, waarbij ‘subjectieve rechten’ de grondslag voor administratieve rechtspraak zouden vormen, gaat Loeff echter veel te ver. Anders dan in het privaatrecht bestaan ‘subjectief rechthebbenden’ in het publiekrecht volgens Loeff immers niet.<sup>97</sup> Het publieke proces dient zich niet te oriënteren op rechtsherstel binnen concrete verhoudingen, maar slechts op de zuiverheid van de rechtsorde in het algemeen, waarbij Loeff uitgaat van het standpunt dat elk afzonderlijk rechtssubject steeds gevrijwaard moet blijven van onrechtmatig overheidshandelen, of hij zich daarbij nu kan beroepen op een subjectief recht of niet. Wie de toegankelijkheid tot administratieve rechtspraak zou beperken tot subjectief gerechtigden, onthoudt belanghebbenden ‘de waarborg dier rechtspraak’ ten onrechte waar deze principieel ‘van noode’ is: onwettige machtsuitoefening geheel *in abstracto*.<sup>98</sup> Alleen een objectief stelsel van bestuursrechtspraak, meent Loeff, is in staat de overheid geheel aan wettelijke banden te leggen, zodat uiteindelijk wordt bewerkstelligd dat elk afzonderlijk rechtssubject het zijne krijgt toebedeeld.

## 5. STRUYCKEN

Een vergelijking met de denkbeelden van Duitse positivisten als Laband en Mayer laat zien hoe extreem Loeffs opvattingen waren. Waar het ‘wortelloze wetspositivisme’ van Laband tot op zekere hoogte nog uitgaat van verbondenheid van burgers in een op het algemeen belang gericht collectief, ziet Loeff de staat nog slechts als verzameling van losse individuen die als abstractie slechts *tegenover* die individuen kan worden gedacht. Het radicale karakter van Loeffs opvattingen komt in zijn ideeën over onafhankelijke bestuursrechtspraak duidelijk naar voren. Waar Laband en Mayer vasthouden aan de door Gneist ontwikkelde gedachte dat zelfstandige bestuursrechtspraak bij voorkeur binnen het bestuur zelf moet worden georganiseerd, ziet Loeff in strikt juridische toetsing door

<sup>95</sup> Loeff 1887, p. 138-139.

<sup>96</sup> *Wettelijke maatregelen tot regeling der administratieve rechtspraak*, Den Haag: Belinfante 1906, p. 89 (MvT): ‘[E]r bestaat niet de geringste aanleiding, de gedragingen der Overheid aan rechterlijke critiek te onderwerpen, zoolang deze niet door de naastbetrokkenen wordt verlangd.’

<sup>97</sup> *Wettelijke maatregelen tot regeling der administratieve rechtspraak*, Den Haag: Belinfante 1906, p. 96 (MvT): ‘Overall waar de burgerlijke wet is overtreden, is [...] steeds een subjectief-rechthebbende voorhanden. Anders in het publieke recht. Dat kent zeker in zoo algemeenen vorm den regel niet, dat handelen in strijd met de wet voor den benadeelde een subjectieve aanspraak op herstel doet ontstaan.’

<sup>98</sup> Wie de toegankelijkheid tot administratieve rechtspraak zou beperken tot subjectief gerechtigden, onthoudt volgens Loeff ‘de waarborg dier rechtspraak juist, waar de belanghebbende haar het meest van noode heeft: bij onwettige machtsuitoefening’; zie *Wettelijke maatregelen tot regeling der administratieve rechtspraak*, Den Haag: Belinfante 1906, p. 96 (MvT).

een ‘fernstehendes Richerskollegium’ geen enkel bezwaar. Al vaak is opgemerkt dat de hoogst academische, naar steriele *Begriffsjurisprudenz* neigende systeemleer van Loeff voor Struycken een gemakkelijke prooi was.<sup>99</sup> Zo signaleert Van der Hoeven dat Loeff slechts ‘vanuit algemene stellingen de werkelijkheid te lijf’ ging, waarbij hij zich anders dan Struycken sterk afwendde van de realiteit van het maatschappelijk leven. Loeffs eenzijdige oriëntatie op abstracte dogmatische zuiverheid zou daarbij verklaren waarom hij als minister uiterst hooghartig te werk ging en tot geen enkel compromis bereid was. Het succes van Struyckens polemische bestrijding van Loeffs voorstellen schrijft Van der Hoeven daarbij toe aan Struyckens slimme retoriek, waarmee hij handig ‘appelleerde aan het gezond verstand boven doctrine’.<sup>100</sup> Of Loeffs wetsontwerp überhaupt enige kans van slagen had, valt overigens zeer te betwijfelen.<sup>101</sup> Toen het in 1905 werd ingediend, was de positivistische mode in de rechtswetenschap reeds over haar hoogtepunt heen; de snelle laat-negentiende-eeuwse opkomst van meer op de werkelijkheid van het recht geënte theorieën als Jherings *Interessenjurisprudenz* is daarvan een duidelijke indicatie.<sup>102</sup>

Het beeld dat Struyckens ‘overwinning’ op Loeff vooral aan zijn retorisch vermogen toe te schrijven valt, behoeft dan ook bijstelling. Terecht signaleert Michiels dat ook Struyckens argumenten op zichzelf zeer overtuigend waren.<sup>103</sup> Evenals Vegting ziet Michiels in Struyckens bestrijding van Loeffs ontwerp vooral een verre echo van het revolutionaire wantrouwen in de rechterlijke macht zoals dat bijvoorbeeld in de vroege negentiende eeuw sterk naar voren kwam in artikel 11 Wet algemene bepalingen, dat de rechter verplicht ‘volgens de wet regt te spreken’ en hem verbiedt ‘de innerlijke waarde of billijkheid der wet’ te beoordelen. In de vroege twintigste eeuw, merkt Michiels terecht op, had de rechterlijke macht aan haar imago als wereldvreemd aristocratisch bolwerk nog weinig ingeboet.<sup>104</sup> Van der Hoeven wijst daarnaast op Struyckens verwantschap met Thorbecke, die rechtspraak in bestuurszaken evenals Struycken bij de uitvoerende macht zelf wenste onder te brengen.<sup>105</sup> Evenals Michiels zoekt Van der Hoeven de wortels van die opvatting in de gedachte dat controle op het bestuur democratisch dient te worden gelegitimeerd. Ten onrechte blijft op die manier onbelicht dat Struycken in zijn bestrijding van Loeffs ontwerp nadrukkelijk teruggreep op de organische staatsleer zoals die onder meer werd gepropageerd door Hegel en Stahl. Het sentiment van waaruit Struycken Loeff bestreed acht ik daarom niet zozeer democratisch, maar eerder conservatief. De misinterpretatie van Struyckens kritiek op Loeff kan deels worden verklaard doordat het in de literatuur over de discussie gebruikelijk is slechts terug te grijpen op Struyckens polemische geschriften zelf. Op de rest van zijn werk wordt nauwelijks acht geslagen, terwijl het ons veel kan leren over de diepere fundamenten van zijn rechtsdenken.

99 Zie o.a. Van der Hoeven 1989, p. 133; Schlössels 2009b, p. 687; Michiels 2009, p. 13-14;

100 Van der Hoeven 1989, p. 133.

101 Vgl. o.a. Vegting 1954-1957, deel 2, p. 390, waar Vegting stelt dat Loeffs ontwerp ook zonder Struyckens polemische bestrijding hoogstwaarschijnlijk nooit was ingevoerd.

102 Zie o.a. Kop 1992, p. 51 e.v.

103 Michiels 2009, p. 12-13. Zie ook Van der Hoeven 1989, p. 133; Schueler 2005a, p. 134-139; Schlössels 2009b, p. 688.

104 Michiels 2009, p. 13; Vegting 1954-1957, deel 2, p. 349.

105 Van der Hoeven 1989, p. 133.

Het organische, fel tegen de ‘autonome’ traditie van verlichtingsfilosofen als Kant gerichte karakter van Struyckens opvattingen komt bijvoorbeeld sterk naar voren in een rede uit 1909 over de staatsrechtelijke positie van het koningschap. De ‘autonome’ traditie omschrijft hij in die rede als het ‘onvermoeid streven, het gansche recht in bestaan, inhoud en ontwikkeling in één logisch geconstrueerd geheel saam te vatten’ en het ‘weer te geven in al zijne bijzonderheden’ als de ‘logische gevolgtrekking van ééne, uit [...] den mensch afgeleide, voor allen duidelijke grondgedachte’. De verwoestende aard van deze dwaalleer kwam aan het licht in de Franse revolutie, die de droom van de ‘staat als kunstwerk’ op bloedige wijze realiseerde.<sup>106</sup> Na de ontaarding van de revolutie zette de ‘logische eenheidsreductie’ zich voort in het juridische positivisme, begrepen als het ‘klatergoud [...] waarmede men [...] de werkelijkheid van het rechtsleven bedekt’. In Struyckens analyse maken de positivisten dezelfde fout als hun voorgangers: evenals Kant herleiden zij het recht slechts tot de zuivere rede, die voor een werkelijk begrip van ‘s mensen geest en hart’ of van de menselijke ‘levensbestemming’ wezenlijk tekortschiet.<sup>107</sup> In hun eenzijdige hang naar dogmatische zuiverheid maken zij de ‘autonome’ fout ‘het bestaande en het wordende’ louter ‘als ‘vernünftig’ te begrijpen’, zodat de sociale bepaaldheid van het recht volledig kan worden genegeerd. Van zedelijke overtuigingen en in de gemeenschap gewortelde instituties kan het recht evenwel niet zonder ernstige gevolgen geheel abstraheren.<sup>108</sup> Met de ‘machtige stem van Hegel’ waarschuwt Struycken in dit verband voor de ‘vernietigingsdrang’ van het ‘alredelijke, onhistorische gezagsbestel der revolutie’ dat geënt is op de verwerping van al het bestaande.<sup>109</sup> Vanuit dat theoretische perspectief verdedigt Struycken het ‘monarchisches Prinzip’, dat inhoudt dat de staat in wezen een zedengemeenschap is waarvan de organische eenheid wordt belichaamd door de figuur van de vorst.<sup>110</sup>

Van een *tegenstelling* tussen de vorst enerzijds en het volk en zijn parlementaire vertegenwoordigers anderzijds is daarbij geen enkele sprake; in plaats daarvan vormen zij allen tezamen een ‘sittliches Ganze’ dat in het ongerede zou raken wanneer zij als tegenpolen worden beschouwd. De ‘autonome’ idee van de formele rechtsstaat, zoals die zich onder meer ontwikkelde in het denken van Buys en tot in het extreme werd doorgevoerd door positivisten als Laband en Loeff, werd door Struycken met kracht verworpen. De behoefte aan een strenge scheiding tussen de machten stamt volgens hem uit de tijd waarin deze machten nog in een onderlinge gezagsstrijd verkeerden. De strenge formele lijnen die het overheidsgezag in de formele rechtsstaat in bedwang houden, beletten de koning en het onder hem ressorterende bestuur te veel ‘het volk tot zijn ikheid, tot bewustzijn en zijn eigen overtuiging’ te brengen.<sup>111</sup> In de formele rechtsstaat zou het ‘absolutisme des konings’ plaats hebben gemaakt voor het ‘absolutisme der wet’, waarbij het contact met het ‘werkelijk rechtsleven’ verloren zou zijn gegaan.<sup>112</sup> De idee van een

106 Struycken 1909, p. 2.

107 Struycken 1909, p. 3.

108 Zie o.a. Struycken 1909, p. 5: ‘Waar menschelijk weten de grenzen van menschelijk kenvermogen wil overschrijden, treedt [...] maar al te spoedig de zwakheid aan het licht.’

109 Struycken 1909, p. 4.

110 Struycken 1909, p. 9.

111 Struycken 1909, p. 12.

112 Struycken 1909, p. 11.

algemeen bindende, historisch en cultureel gefundeerde zedelijkheid werd daarbij vervuild voor een ‘Kopfzahl-Demokratie’ waarin democratisch gelegitimeerde wetsbevelen de enige rechtsbron zijn.<sup>113</sup> In weerwil van Laband en Loeff meent Struycken evenwel dat er ook andere vormen van rechtsontwikkeling zijn, die alleen op straffe van een ernstige versterking van het maatschappelijk leven kunnen worden miskend.<sup>114</sup>

Ook in Struyckens polemische verzet tegen onafhankelijke bestuursrechtspraak komt een dergelijke ‘relationele’, sterk op de organische leer geënte staats- en rechtsopvatting duidelijk terug. Niet anders dan Hegel, Thorbecke en Stahl betoogt Struycken bijvoorbeeld dat abstracte juridische controle op bestuurlijk handelen het staatsorganisme ernstig in gevaar brengt. Sterk afkerig van Loeffs ‘legalistisch justitialisme’<sup>115</sup> schrijft Struycken bijvoorbeeld het volgende:

‘Wanneer toch is de formeel-juridische rechtstaatgedachte ontstaan? In den tijd, toen Overheid en volk zich als twee heterogene elementen met eigen levenskring tegenover elkander plaatsten; [...]; toen de rechter het eenig orgaan scheen, dat *tegen* de Overheid kon worden ingeroepen, om rechtskrenking te weren [...]. Afwerend, negatief, ter handhaving van eigen rechten, plaatste de burger zich tegen de Overheid, die naar eigen inzicht, wat zij hare taak rekende te zijn, trachtte te volbrengen.’<sup>116</sup>

In Struyckens analyse gaat van de formele rechtsstaat aldus een splijtende werking uit die verstorend is voor de integriteit van de staat als zedengemeenschap waarin individuele rechtssubjecten wezenlijk met elkaar verbonden zijn. ‘Gerechtigheid’, schrijft hij, is van de formele rechtsstaat de ‘alles overstemmende afwerende eisch’, met tweespalt als voornaamste resultaat. In het bredere historische verband van een onderlinge gezagsstrijd tussen volk en vorst valt de opkomst van de formele rechtsstaat op zichzelf goed te begrijpen; nu die strijd is gestold in de constitutionele monarchie zou het echter tijd worden de eenzijdige idee van een *oppositie* tussen bestuur en burgers te verlaten. Naar Struycken meent is de administratie in de moderne verhoudingen niet zozeer een naar willekeur handelend element dat *tegenover* het volk is geplaatst, maar veeleer een ‘door de bevolking zelve aangewezen en volgens hare inzichten handelend orgaan der gemeenschap’ dat niet *tegenover*, maar *in* de volksgemeenschap staat.<sup>117</sup>

Een duidelijke aanwijzing voor die stelling vindt Struycken onder meer in de wetgevingspraktijk. Waar de wetgever voorheen ‘strakke grenslijnen’ trok, stelt hij binnen de nieuwe verhoudingen steeds vaker tevreden met de ‘hoofdideeën der wetgeving’, waarbij de nadere uitwerking aan het bestuur wordt overgelaten.<sup>118</sup> Hoewel Struycken erkent dat de formele rechtsstaatgedachte ‘in de academische, wetenschappelijke staatsliteratuur’ nog lang niet is verdrongen, signaleert hij dat het ‘wettelijke absolutisme’ van de formalisten grotendeels een lege huls is geworden. Daarom bepleit hij de vervanging van de idee van de rechtsstaat als ‘wettenstaat’ door het model van de rechtsstaat ‘in sociaal-ethischen

113 Struycken 1909, p. 13.

114 Struycken 1903, p. 45 e.v.

115 Struycken 1910, p. 7.

116 Struycken 1910, p. 15.

117 Struycken 1910, p. 12-13.

118 Struycken 1910, p. 18.

zin', waarbij de toelaatbaarheid van overheidshandelen niet zozeer aan de formele *wet*, maar aan het *recht* wordt afgemeten; onder dat laatste verstaat Struycken met name ook normen van *behoorlijkheid*, die zich slecht in wetten laten formaliseren maar voor het werkelijke rechtsleven van eminent (en steeds toenemend) belang zijn.<sup>119</sup> Kenmerkend voor de nieuwe verhoudingen is de figuur van 'rechtschepping buiten de wet', waartoe de wetgever het bestuur uitnodigt door zijn wettelijke bevelen niet langer zo te formuleren dat zij 'door logische interpretatie tot werkelijkheid zijn te maken', maar deze zo vaag te formuleren dat zij steeds nadere bestuurlijke invulling behoeven. 'In die rechtschepping', schrijft Struycken, 'wordt pas de wettelijke idee tot *recht*, zoodat het oordeel, of volgens de wet is gehandeld niet van die rechtschepping is te scheiden.'<sup>120</sup>

In de rechtsstaat in 'sociaal-ethischen zin' kan de toetsing van overheidshandelen niet beperkt blijven tot de formeel-juridische buitengrenzen ervan. Wie over bestuurshandelen een rechtsoordeel uitspreekt, kan niet volstaan met syllogistisch 'Vernunft', maar zal zich tevens moeten buigen over de vraag of incommensurabele belangen onderling op de juiste wijze zijn gewaardeerd.<sup>121</sup> Op grond van doctrinaire verstandelijkheid alleen valt die vraag niet te beantwoorden. Onafhankelijke rechters, meent Struycken, zijn daarom voor controle op bestuurlijk handelen ongeschikt. Daarbij schrijft hij aan rechters een buitenmaatschappelijke positie toe; vanuit hun studeerkamers zouden zij niet worden gedwongen 'mee te leven in de ontwikkeling der sociale ideeën, zooals deze [...] door de vertegenwoordigende organen worden voortgebracht'. In hun academische isolement zijn zij geneigd zich af te sluiten voor de 'sociale ideeën der gemeenschap' en ontbreekt het hun bovendien aan meer praktische kennis van zaken.<sup>122</sup> In al hun doctrinaire geleerdheid beschikken zij in 'sociaal en technisch opzicht' derhalve niet over de juiste deskundigheid om de vraag hoe belangen van burgers tegen elkaar moeten worden afgewogen op de juiste wijze te beantwoorden.<sup>123</sup> Het bestuur, daarentegen, is in zijn 'karakter en organisatie door die gemeenschap zelf' bepaald en geldt daarom als de 'belichaming en verpersoonlijking' van de 'gemeenschappelijke idealen' van de burgers.<sup>124</sup> Alleen het bestuur zelf is derhalve in de positie om een oordeel te vellen op grond van de 'in de gemeenschapsgedachte besloten eisch' van behoorlijkheid, terwijl rechters slechts in staat zijn tot afstandelijke controle op grond van het abstracte recht.<sup>125</sup>

In een kritische beschouwing van Struyckens ideeën stelt Van der Hoeven dat diens voorkeur voor de 'moderne rechtsstaatsidee' boven de 'formeel-juridische rechtsstaatsgedachte' in werkelijkheid neerkwam op de vervanging van de 'niet-onrealistische' opvatting van de staat als abstracte gezagsorganisatie door het 'doctrinair-idealistische' idee van

119 Struycken 1910, p. 19; zie in deze zin vooral ook Struycken 1903, p. 45 e.v.

120 Vgl. o.a. Schueler 2005a, p. 135.

121 Struycken 1910, p. 19.

122 Struycken 1910, p. 30-31.

123 Struycken 1910, p. 30. Aan dit oordeel voegt Struycken op p. 31 nog toe dat de rechter ook in *technisch* opzicht niet over de juiste deskundigheid beschikt, omdat hij 'niet dagelijks de beteekenis zijner handelingen in hare gevolgen waarneemt, en de verantwoordelijkheid daarvoor draagt'. Vgl. o.a. Schueler 2005a, p. 135.

124 Struycken 1910, p. 27.

125 Struycken 1910, p. 27.

een democratische gemeenschapsstaat.<sup>126</sup> Op die manier zou Struycken zijn ‘pretentie van werkelijkheidszin’ niet waarmaken. Met name veronderstelt Van der Hoeven dat Struycken de praktische mogelijkheid tot democratische controle op het bestuur sterk overschat. Ten onrechte zou Struycken niet erkennen dat de bestuurstaak bestaat uit ‘macro- en micro-bestuur’, waarbij alleen de eerste vorm met vrucht democratisch kan worden gecontroleerd; ‘micro-bestuur’ is voornamelijk in handen van het bureaucratisch apparaat en onttrekt zich in de praktijk veelal aan het zicht van vertegenwoordigende organen.<sup>127</sup> Omdat Struycken aan het belang van dat verschil voorbijgaat kenschetst Van der Hoeven Struyckens brochure als een ‘abstract betoog’, dat uiteindelijk even ‘aprioristisch en doctrinair’ van karakter is als Loeffs ‘Begriffsjurisprudenz’ die door hem zo fel wordt bestreden.<sup>128</sup> Struycken had volgens Van der Hoeven beter kunnen weten; zo stelt hij op docerende toon dat het ‘lang voor Struycken’ reeds bekend was, dat ‘democratische controle door een gekozen vertegenwoordiging van politieke en niet van bestuurlijke aard is’ en dientengevolge alleen het ‘macro-bestuur’ kan betreffen.<sup>129</sup>

Onmiskenaar heeft Struyckens betoog een sterk idealistische inslag. Met overschatting van de controlefunctie van vertegenwoordigende organen hebben zijn bezwaren tegen Loeffs ontwerp echter niets te maken. Het idealistische element in Struyckens denken bestaat in plaats daarvan uit een vergaand vertrouwen in de staat als zedengemeenschap, waarbij in de juiste ‘Bildung der Beamten’ bij uitstek een waarborg wordt gezien tegen misbruik van overheidsmacht. In de moderne rechtsstaat, waarin het bestuur over steeds meer ‘open’ bevoegdheden beschikt, is het essentieel ‘de administratie op te voeren tot de gedachte, dat het haar taak is, van den jongsten ambtenaar tot het hoogste college, de harmonie van gemeenschap en individu te verwezenlijken’.<sup>130</sup> Een ethisch ‘lege’ controle op ‘juridische, doctrinaire gronden’ alleen schiet tekort, zodat bescherming tegen overheidshandelen alleen ‘in de administratie zelve’ zou kunnen worden georganiseerd.<sup>131</sup> Struycken was zeker een democraat, maar dat wil geenszins zeggen dat hij voor de tekortkomingen van het democratische bestel te weinig oog had. Zo werd het algemeen kiesrecht door hem niet zonder reserve aanvaard. Erkenning van het ‘domme meerderheidsbeginsel’ is in de moderne verhoudingen volgens Struycken onvermijdelijk, maar daarbij spreekt hij wel de hoop uit dat ‘al die stemmen’ uiteindelijk het resultaat zijn van ‘ontelbare invloeden van mensch op mensch, waarin zich de ongelijkheid in bekwaamheid [...] en in zedelijk gezag’ altijd zal doen gelden.<sup>132</sup> Eenzelfde hang naar een zedelijk ‘ge vulde’ publieke ruimte klinkt ook door in Struyckens standpunt over bestuursrechtspraak. Nergens ziet Struycken een stelsel voor zich waarin het bestuur

126 Van der Hoeven 1989, p. 138.

127 Van der Hoeven 1989, p. 138-139; vgl. o.a. Schueler 2005a, p. 143: ‘Struycken zat ernaast met zijn opvatting dat het bestuur functioneert als een vertegenwoordiger van het volk en daarom niet aan rechterlijk toezicht onderworpen zou behoeven te worden. Daarvoor is de bestuurspraktijk te divers en zijn de verschillen tussen micro- en macrobestuur te groot.’

128 Van der Hoeven 1989, p. 141; vgl. o.a. Schlössels 2009b, p. 689 (‘Van der Hoeven zag dit scherp’).

129 Van der Hoeven 1989, p. 138.

130 Struycken 1910, p. 36-37.

131 Struycken 1910, p. 37.

132 Struycken 1924 [1913], p. 17-26; ‘bedeelden, verkwesters, de faillieten en de belastingwanbetalers’ zouden sowieso van stemrecht uitgezonderd dienen te worden.



voortdurend wordt gecontroleerd door immer opmerkelijke volksvertegenwoordigers. In plaats daarvan stelt hij een zeker vertrouwen in het bestuur als de belichaming van het juiste gemeenschapsethos.<sup>133</sup>

Bijna alle waarborgen van de onafhankelijkheid van de gewone rechterlijke macht zouden ook binnen het bestuur zelf aan te brengen zijn; slechts voor ‘bezoldiging bij de wet’ en voor ‘benoeming voor het leven’ maakt hij een uitzondering.<sup>134</sup> Integendeel: juist onafhankelijke rechterlijke beoordeling is voor de positie van het individu een groot gevaar. In zijn positie als buitenstaander kan hij het nooit goed doen. ‘In onze sociale gemeenschap’, redeneert Struycken, ‘willen wij niet de leiding geven aan een ambtenarenstand’, een ‘onafzetbaar rechtscorps’ dat ‘niet in de administratie [is] grootgebracht’ en zich desgewenst kan ‘onttrekken aan de ontwikkeling onzer sociale ideeën’. ‘Administratief-, sociaal- en bedrijfstechnisch’ is de rechter daartoe ook helemaal niet in staat.<sup>135</sup> Daarom zal de onafhankelijke bestuursrechtspraak zich moeten beperken tot formele bewaking van juridische buitengrenzen.<sup>136</sup> In een stelsel van ‘open’ bevoegdheden dringt zich de vraag op wat rechterlijke toetsing dan nog voorstelt. Een administratieve rechter ‘die zijne taak haar cultuurwaarde wil doen behouden’ kan geen ‘freies Ermessen’ erkennen ‘dan met inachtneming van eene behoorlijke waardeering van de belangen van gemeenschap en individu naar de heerschende sociale overtuigingen’. Wanneer hij dit verzuimt, zal ‘het meerdere steeds aan de administratie zijn toevertrouwd’ en trekt de rechtzoekende burger haast per definitie aan het kortste eind. Een dergelijke rechterlijke afstandelijkheid is bijna even erg als een situatie waarin de rechter ‘op de stoel van het bestuur gaat zitten’ en zich bemoeit met kwesties waarover hij niet kan oordelen.<sup>137</sup> Hoe dan ook leidt de desintegratie van recht- en beleidsmatige controle op bestuurshandelen op die manier tot allerlei perverse gevolgen die door Loeff niet worden voorzien. Vanuit zijn onafhankelijke positie kan de rechter zijn taak slechts naar behoren vervullen door de burger over te leveren aan een bestuurlijk ‘vrij goedvinden’ dat aan elke controle is onttrokken.

Toch is afstandelijke toetsing nog altijd te prefereren boven rechterlijke inmenging in kwesties van bestuur. In dat geval zou administratieve rechtspraak verworden ‘tot eene doublure van de administratieve macht’ waarvan men haar nu juist heeft gescheiden. Een dergelijke vorm van ‘Doppelverwaltung’ zou het maatschappelijk leven ernstig ontwrichten. Omwille van het bestuurlijke ‘verantwoordelijkheidsgevoel’ dient de ‘eenheid in de administratie’ zo veel mogelijk gehandhaafd te blijven.<sup>138</sup> Wie het bestuur onderwerpt aan onafhankelijke rechterlijke beoordeling loopt het gevaar de ‘geest der administratie’ te bederven. Door hen onder de controle te plaatsen van een ander orgaan wordt in de hand gewerkt dat bestuursorganen burgers reeds op voorhand partijdig tegemoet treden. Onafhankelijke bestuursrechtspraak, redeneert Struycken, maakt de ‘administratie tot partij’ en verleidt haar ertoe ‘maatregelen te nemen [...] opdat de

133 Vgl. o.a. Van den Berge 2014a, p. 84-88.

134 Struycken 1910, p. 32.

135 Struycken 1910, p. 65-67.

136 Struycken 1910, p. 35.

137 Struycken 1910, p. 28.

138 Struycken 1910, p. 30.



burger, straks hare tegenpartij, in de zwakkere positie komt'; calculerende, op juridische procedures anticiperende bestuursorganen zullen er bijvoorbeeld al snel van afzien burgers te voorzien van gegevens die zij later bij de rechter zouden kunnen uitspelen.<sup>139</sup> Maar belangrijker nog: onafhankelijke bestuursrechtspraak werkt bestuurlijke 'zorgeloosheid' in de hand; omdat het 'weet, dat voor de verzorging [van] individuele rechten een rechter is aangewezen' voelt een door een onafhankelijke rechter gecontroleerd bestuur zich niet langer ten volle verantwoordelijk voor een zorgvuldige omgang met de belangen van burgers.<sup>140</sup> Van de integriteit van de staat als 'zedelijk rijk' blijft op die manier weinig over; wat resteert is slechts een armoedig 'legalistisch justitialisme' waarin burger en overheid verweekt zijn in een voortdurende juridische strijd en algemene zedelijkheidsnormen buiten beeld raken.

## 6. MODERNE PATHOLOGIEËN

In de literatuur wordt vaak betoogd dat Struyckens opvattingen over bestuursrechtspraak berusten op een sterke onderschatting van wat onafhankelijke bestuursrechtspraak vermag.<sup>141</sup> In Struyckens tijd waren de algemene beginselen van behoorlijk bestuur nog niet tot ontwikkeling gekomen.<sup>142</sup> Desalniettemin verwijt Van der Hoeven hem een 'exclusief formeel rechtsbegrip' dat reeds in de vroege twintigste eeuw achterhaald was. 'Het zoeken naar nieuwe dimensies van het rechtsbegrip, zoals in het burgerlijk recht door Scholten en in het publiekrecht door Krabbe geschiedde, ging kennelijk langs Struycken heen', schrijft Van der Hoeven op enigszins badinerende toon.<sup>143</sup> Aan het adres van een auteur die zich voortdurend verzet tegen het 'absolutisme der wet' en daarom onophoudelijk pleit voor erkenning van zedelijke beginselen als aan de wet 'gelijkwaardige rechtsfactoren' is dat een vreemde terechtwijzing.<sup>144</sup> De beperkte rol die Struycken voor de onafhankelijke rechter ziet weggelegd berust niet op een smal rechtsbegrip, maar op de vrees voor de versturende werking die onafhankelijke rechterlijke controle zou hebben op de sociale praktijk van het besturen. Naar Schueler meent heeft Struycken op dit punt gelijk gekregen. Met de introductie van onafhankelijke bestuursrechtspraak is volgens hem een 'gebroken verantwoordelijkheid' ontstaan die uiteenrukt wat voorheen meer verenigd was. Waar de rechtmatigheid van een besluit en de zwaarte van de betrokken belangen voorheen nog min of meer integraal werden beoordeeld, is in de nieuwe situatie tussen inhoudelijke belangenafweging en rechtmatigheidstoetsing een kloof ontstaan die door de rechter hooguit middels een uiterste spagaat valt te overbruggen.<sup>145</sup>

In die ongemakkelijke positie kan hij het moeilijk goed doen. Enerzijds dreigt het gevaar van rechterlijke 'Doppelverwaltung', waarbij de rechter op grond van al te

139 Struycken 1912, p. 126-127.

140 Struycken 1912, p. 127.

141 Zie o.a. Michiels 2009, p. 13, met verdere verwijzingen.

142 De eerste aanzet tot theorievorming over deze beginselen werd in 1911 gegeven door J.J. Boasson. Zie o.a. Schlössels 2009a, p. 17: 'Wie [Boasson] ziet als de *founding father* van de beginselen van behoorlijk bestuur doet anderen niet tekort.'

143 Van der Hoeven 1989, p. 139.

144 Struycken 1909, p. 11.

145 Schueler 2005a, p. 142.

extensief rechtsbegrip allerlei taken naar zich toetrekt die in beginsel aan het bestuur zijn voorbehouden. Anderzijds bestaat het risico dat hij zich terugtrekt in zuiver formeel-juridische oordelen en de inhoudelijke waardering van belangen volledig overlaat aan een slechts marginaal getoetst bestuurlijk ‘freies Ermessen’. In zijn moeilijke positie wordt de bestuursrechter van alle kanten kritisch gevolgd. Enerzijds klinkt vaak kritiek als die van de werkgroep-Van Kemenade, die kort na de invoering van de Awb een geruchtmakend rapport liet verschijnen waarin zij ernstige zorgen uitte over de ‘juridisering van het openbaar bestuur’.<sup>146</sup> Anderzijds menen velen dat de onafhankelijke bestuursrechter in zijn controle op het bestuur lang niet ver genoeg gaat, zodat het nieuwe stelsel een ‘mechanische mierenmaatschappij’ creëert waarin individuele rechtsposities vanzelfsprekend het onderspit delven.<sup>147</sup> In Schuelers analyse zijn de bezwaren van beide kanten ‘onlosmakelijk verbonden met de verschuiving van bestuurlijke geschilbeslechting naar rechterlijke toetsing’. Linksom of rechtsom resulteert de onafhankelijke positie van de bestuursrechter in een juridisering van bestuursrechtelijke verhoudingen die niet zonder nadelige gevolgen blijft. Voor zover de rechter vanuit zijn afstandelijke positie überhaupt in staat is tot een materieel oordeel over bestuurskwesties zal hij dat alleen kunnen doen door zich te beroepen op een vervreemdende juridische rationaliteit die verhuult dat hij in feite politiek bedrijft. Wanneer hij daarvoor terugschrikt, rest hem slechts controle op formeel-juridische gronden waarmee rechtzoekenden in de praktijk meestal weinig opschieten.<sup>148</sup>

Evenzeer lijkt de ‘knip’ tussen een onafhankelijke toets aan het recht enerzijds en heroverweging van het beleid anderzijds niet zonder kwalijke gevolgen te blijven voor de houding van overheidsorganen tijdens bestuurlijke voorprocedures. Maar al te vaak blijken deze in de praktijk te functioneren als een soort voorportaal voor de rechtspraak, waarbij het bestuur zich eenzijdig richt op het ‘judge-proof’ maken van besluiten.<sup>149</sup> Het vooruitzicht van mogelijke juridische controle door een onafhankelijke rechter werpt zo zijn schaduw vooruit en beïnvloedt in veel gevallen het gedrag van het bestuur. In een boeiend onderzoek naar de bezwaarschriftprocedure rapporteren De Waard e.a. bijvoorbeeld over het bij veel burgers levende beeld van ‘ambtenaren die als terriërs een genomen besluit verdedigen, vaak door met een beroep op juridische regels de argumentatie van de bezwaarmakers onderuit te halen’.<sup>150</sup> Vanzelfsprekend hoort een dergelijke houding in de bezwaarfase niet thuis; deze is immers niet in de eerste plaats bedoeld als herkansing voor de burger, maar als mogelijkheid voor het bestuur zijn besluit in het licht van gerezen bezwaren in al zijn facetten te heroverwegen.<sup>151</sup> In de praktijk lijken veel bestuursorganen zich aan die theorie niet veel gelegen te laten liggen; vaak nemen zij in de bezwaarfase reeds allerlei rigide juridische stellingen in die een gesprek over de beleidsmatige opportuniteit en de billijkheid van het bestreden besluit in de weg staan. Ook veel bezwaarschriftenadviescommissies oriënteren zich vaak nogal eenzijdig op de

146 Werkgroep-Van Kemenade 1997.

147 Tak 2005.

148 Schueler 2014, par. 2.

149 Zie o.a. De Poorter & De Graaf 2011, p. 196 e.v.

150 De Waard e.a. 2011, p. 183.

151 Zie o.a. Schreuder-Vlasblom 2013, p. 477 e.v.

juridische aspecten van het geschil. Op die manier verschuift de heroverwegingsfunctie van de bezwaarprocedure naar de achtergrond en dreigt de bezwaarprocedure te verworden tot een prerightelijke toets die niet de rol vervult die zij zou moeten vervullen.<sup>152</sup>

De ‘gebroken verantwoordelijkheid’ waaraan het moderne bestuursrecht mank gaat leidt op die manier in Schuelers analyse soms dus tot een ‘defensieve of ontwijkende bestuursmentaliteit’ enerzijds en afstandelijke, hoofdzakelijk formele rechterlijke toetsing anderzijds. Beide problemen werden door Struycken reeds voorzien. In een stelsel waarin bestuurlijke heroverweging en rechterlijke toetsing zijn gescheiden is het zowel voor het bestuur als voor de onafhankelijke rechter gemakkelijk de morele verantwoordelijkheid voor het genomen besluit te ontlopen. Het bestuur dat zijn besluiten ‘rechter-proof’ maakt beroept zich daarbij op het stempel van rechterlijke goedkeuring, terwijl de rechter erop wijst dat billijke en beleidsmatig opportune besluitvorming de primaire verantwoordelijkheid is van het bestuur.<sup>153</sup> In die situatie is het niet vreemd dat ook burgers er steeds meer toe neigen juridische stellingen te betrekken; in gejuridiseerde verhoudingen tussen burgers en overheden biedt de rationaliteit van het recht voor hen immers de enige mogelijkheid hun gelijk te bevechten. ‘Afwerend, negatief, ter handhaving van eigen rechten’, schreef Struycken al, komen zij op die manier *tegenover* de overheid te staan, terwijl gezamenlijke belangen naar de achtergrond verschuiven.<sup>154</sup> In die zin waarschuwt hij in Honneths termen voor een verstandsrechtelijke ‘Fehlentwicklung’, waarbij de gewone communicatieve rationaliteit op pathologische wijze wordt vervangen door juridische abstracties die het sociale leven ernstig verstoren.<sup>155</sup> Met een smal rechtsbegrip of met een overdreven vertrouwen in democratische controle op overheidsorganen hebben Struyckens’ bezwaren tegen Loeffs ‘legalistisch justitialisme’ in ieder geval niets te maken.<sup>156</sup>

## 7. CONCLUSIE

Al met al is het beeld van ‘good guy’ Loeff wiens ideeën hun tijd ver vooruit waren, maar vooralsnog geen stand hielden tegen de retoriek van ‘bad guy’ Struycken hoogst misleidend. Even verwarrend is de anachronistische opvatting van de polemiek tussen Loeff en Struycken als een confrontatie tussen een constitutionalist enerzijds en een democraat anderzijds. Een zinvol begrip van de discussie ontstaat pas wanneer men zich rekenschap geeft van de bredere intellectuele context waarin hun standpunten thuishoren. Een ideeënhistorische analyse van Loeffs rechtsdenken maakt duidelijk dat zijn streven naar onafhankelijke bestuursrechtspraak uitgaat van een ‘autonoom’ positivisme dat van enige juridisch dwingende zedelijke verbondenheid tussen rechtssubjecten niets wil weten. Struycken daarentegen grijpt in zijn bestrijding van Loeffs ideeën juist terug op een ‘relationeel’ organisch denken dat een dergelijke zedelijke verbondenheid als hoogste recht beschouwt. De visie op onafhankelijke bestuursrechtspraak van Buys neemt een tussenpositie in. De ideeën van de ‘jonge Buys’ zijn sterk geworteld in de organische staats-

152 Vgl o.a. De Poorter & De Graaf 2011, p. 198.

153 Schueler 2005a, p. 143.

154 Struycken 1910, p. 15.

155 Honneth 2011, p. 157 e.v.

156 Vgl. Van den Berge 2014a, p. 88.

en rechtsopvattingen van denkers als Hegel en Thorbecke. In zijn latere ontwikkeling vertoont Buys' rechtsdenken een sterk formaliserende tendens die uiteindelijk uitmondt in de 'autonome' idee van de publiekrechtelijke orde als kunstmatige abstractie. In de gedachte dat een juist oordeel in administratieve kwesties niet kan worden bereikt op grond van het abstracte recht alleen, maar uiteindelijk afhangt van een 'innige vertrouwdheid' met het openbaar bestuur behoudt zijn visie op onafhankelijke bestuursrechtspraak evenwel een wezenlijk organisch element.

Welke lessen vallen nu voor ons nog te trekken uit de gedachtewisseling tussen Loeff en Struycken? Op grond van verdragsrechtelijke verplichtingen is bestuursrechtspraak door een onafhankelijke, op afstand van het bestuur geplaatste rechter in het huidige recht een voldongen feit. Daarnaast is in het huidige juridische discours weinig steun meer te vinden voor het beeld van rechters als wereldvreemde buitenstaanders die van gedeelde zeden geen weet hebben. Dat wil echter allerm minst zeggen dat Struyckens bezwaren tegen onafhankelijke bestuursrechtspraak niet langer relevant zijn. In de moderne verhoudingen is de onafhankelijke positie van de bestuursrechter vanzelfsprekend, maar daarmee niet minder problematisch. Integrale heroverweging van het beleid, waarbij naast formeel-juridische argumenten ook de beleidsmatige opportuniteit en de billijkheid van overheidshandelen wordt beoordeeld, is voor hem alleen mogelijk voor zover hij de laatste twee elementen weet onder te brengen in een juridische rationaliteit die zijn zeggenschap legitimeert. Op die manier vindt bij de rechter hoe dan ook een juridische reductie plaats waarbij wezenlijke elementen van het onderliggende conflict onderbelicht dreigen te blijven. Die reductie strekt zich bovendien uit tot door het bestuursrecht beheerste verhoudingen meer in het algemeen; de ervaring leert immers dat het vooruitzicht van een mogelijke juridische procedure op zowel burgers als bestuursorganen een gedragssturende werking heeft.

Een juist inzicht in de negatieve gevolgen van de juridisering waartoe onafhankelijke bestuursrechtspraak aanleiding kan geven maakt de organische vrees voor de splijtende werking ervan verrassend actueel. Slechts weinigen zullen heden ten dage nog delen in het door denkers als Hegel, Stahl en Thorbecke geschetste schrikbeeld van desintegratie van de staat als 'zedelijk lichaam', waarbij individuele burgers zich als de losse, nog slechts atomair bestaande delen daarvan niet langer volwaardig zouden kunnen ontwikkelen. In geactualiseerde vorm staat een dergelijke desintegratie minder ver van ons af dan we ons op het eerste gezicht wellicht realiseren. Inmiddels is duidelijk dat de 'knip' tussen onafhankelijke rechtspraak enerzijds en het bestuur anderzijds in de praktijk soms tot problemen leidt waarvoor niet zo gemakkelijk een oplossing is te vinden. In Honneths termen biedt de 'autonome' idee van een overwicht van rechten ten opzichte van belangen een artificiële ruimte waarbinnen individuele rechtssubjecten zich kunnen terugtrekken uit de bepaaldheid van gewone sociale verhoudingen. Die gedachte biedt ontegenzeggelijk allerlei voordelen, maar kent potentieel ook een schaduwzijde in de verstoring van die verhoudingen. Op die schaduwzijde vestigt Struycken in de bestrijding van Loeffs hoogst formele, van elke sociale bepaaldheid abstraherende wetsontwerp terecht de aandacht. De actualiteit van zijn inzichten is uiteraard allerm minst reden om terug te keren tot een organische staats- en rechtsopvatting waarin blind wordt vertrouwd op de 'goede zeden' van het bestuur als beste waarborg tegen misbruik van overheidsmacht. In het moderne

bestel is onafhankelijke bestuursrechtspraak terecht een vanzelfsprekendheid. Wel kunnen we van Struycken leren dat een al te 'autonome' rechterlijke toetsing tot allerlei kwalijke effecten kan leiden waarvoor slechts een meer 'relationeel' bestuursrecht oplossingen kan bieden.



DEEL

2

Recht tussen autonomie en verhouding







## RELATIONEEL RECHT

*Hoe manifesteert de gespannen verhouding tussen 'autonome' staats- en rechtsopvattingen enerzijds en meer 'relationele' ideeën anderzijds zich nu in de ontwikkeling van het huidige bestuursrecht? Waar het privaatrecht zich in het interbellum sterk 'relationeel' ontwikkelde, behield het bestuursrecht in die periode juist een meer 'autonome' identiteit. Die divergentie hangt samen met de opkomst van de gemene rechtsleer, die het privaatrecht begrijpt als het organische en horizontaal georiënteerde 'gemene recht' en het publiekrecht als de kunstmatige en verticale uitzondering daarop. Met het vervloeien van de grenslijn tussen 'staat' en 'maatschappij' kwam die voorstelling van zaken in de loop van de twintigste eeuw steeds verder onder vuur te liggen. Uiteindelijk leidde de voortgaande 'osmose' tussen publiek- en privaatrecht tot de ontwikkeling van de gemengde rechtsleer, die tussen publiek- en privaatrecht geen wezenlijk onderscheid maakt. In haar meest vergaande vorm ziet die leer in de staat een 'actor te midden van burgers en belangen' die zich niet wezenlijk van andere entiteiten onderscheidt. De rechtsbetrekkingsleer van Achterberg en Hirsch Ballin berust op een soortgelijke relativisering van de staat als bijzondere gezagsstructuur. Daarom is het niet vreemd dat de introductie van de figuur van de 'wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking' als dragend beginsel van het algemene bestuursrecht een storm van kritiek te verduren kreeg die zich vooral richtte op de 'privatisering' en 'horizontalisering' waarin het betrekkingdenken zou resulteren. De recent ontwikkelde 'gemeenschappelijke rechtsleer' is beter tegen dergelijke kritiek bestand. Die leer biedt ruimte aan een 'relationeel', op intersubjectieve beginselen gefundeerd bestuursrecht en geeft zich bovendien rekenschap van de unieke positie van de staat als publieke dwanggemeenschap.*

### 1. INLEIDING

Tijdens colleges als Gronings hoogleraar in het burgerlijk recht vertelde Jan Wiarda vaak over zijn vader, die in de vroege twintigste eeuw raadsheer was aan het Hof Amsterdam. Toen hij op een dag in Amsterdam op de tram stond te wachten kwam een onbekende voorbijganger hem 'holland en met armen zwaaiend' tegemoet, dol van vreugde over

het kort daarvoor gewezen arrest *Lindenbaum/Cohen*.<sup>1</sup> Die anekdote – dat wil zeggen: het verhaal zelf alsmede het feit dat Wiarda dat stevast vertelde – is kenmerkend voor het brede enthousiasme waarmee die uitspraak al meteen werd ontvangen en zich vervolgens in de collectieve juridische herinnering verankerd heeft. De importantie van *Lindenbaum/Cohen* was onmiddellijk duidelijk. Molengraaff, die al langer pleitte voor verruiming van het onrechtmatigheidsbegrip, schrijft in zijn noot dat ‘zelden een arrest [is] gewezen waarvan zoo heilzame invloed op ons rechtsleven mag worden verwacht’.<sup>2</sup> De bedenkingen van positivisten als Land, die bevreesd waren dat het in *Lindenbaum/Cohen* geïntroduceerde zorgvuldigheidsbeginsel een ‘te uitgebreide, althans een te weinig omschrevene macht’ aan de rechter zou laten, leken zo goed als vergeten;<sup>3</sup> al snel vestigde zich het beeld van *Lindenbaum/Cohen* als belangrijke stap op weg naar de bevrijding van een star en achterhaald legisme. Inmiddels is het arrest een gekoesterd symbool van een ‘open’ en meer ‘relationeel’ privaatrecht dat niet langer wordt begrepen als een ‘autonoom’ systeem van algemene wetsbevelen die rechtssubjecten ‘zichzelf’ hebben opgelegd, maar als stelsel dat ten diepste wordt beheerst door ‘zorgvuldigheid’, ‘redelijkheid en billijkheid’ en ‘goede trouw’ als intersubjectieve, ‘door ons zedelijk [...] bewustzijn gedragen’ beginselen die aan het geschreven recht voorafgaan en hun definitieve gestalte pas krijgen binnen concrete sociale verhoudingen.<sup>4</sup>

Voor een ‘zedelijk gevuld’ en ‘relationeel’ publiekrecht bestond intussen beduidend minder enthousiasme. Met de neergang van organische staats- en rechtsopvattingen als die van Hegel en Thorbecke geldt de idee van de staat als ‘sittliches Reich’ vrij algemeen als obsoleet. In plaats daarvan prevaleerde de ‘autonome’ opvatting van de staat als kunstmatige gezagsstructuur, gecreëerd door individuen als enige uitweg uit private afhankelijkheidsverhoudingen. Waar het privaatrecht vanaf de vroege twintigste eeuw vrij algemeen werd opgevat als de ‘emanatie van het rechtsbewustzijn’, bleef het publiekrecht aldus nog lang gelden als een artificiële verzameling van wetsbevelen. In de Nederlandse rechtsontwikkeling valt die visie niet los te zien van de ‘gemene rechtsleer’, die het privaatrecht begrijpt als het organisch tot stand gekomen, horizontaal georiënteerde ‘gemene recht’ en de verticale orde van het publiekrecht als de kunstmatige uitzondering daarop.<sup>5</sup> Pas ver in de twintigste eeuw begon dat beeld scheuren te vertonen. Van bijzondere betekenis is daarbij het werk van Norbert Achterberg, die in een spraakmakend boek uit 1982 betoogt dat het publiekrecht evenmin als het privaatrecht dient te worden begrepen als abstracte verzameling van objectieve normen, maar als complex ‘Beziehungsgefüge’ van concrete verhoudingen waarbinnen die normen nader gestalte krijgen. Net als in het privaatrecht zijn bevoegdheden en rechtsaanspraken daarmee nooit absoluut, maar kan

1 HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161 m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*); Van Maanen 2009, p. 253.

2 W.L.P.A. Molengraaff, noot bij HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161 (*Lindenbaum/Cohen*).

3 Land 1896, p. 68.

4 Anders dan vaak wordt verondersteld sloeg de Hoge Raad daarmee niet zozeer een nieuwe koers in, maar herstelde hij slechts een jurisprudentiële lijn die in de late negentiende en vroege twintigste eeuw was onderbroken. Zie o.a. Van Maanen 2009, p. 257-258.

5 Vgl. o.a. Foqué 1992, p. 24.

hun reikwijdte steeds pas worden vastgesteld in het licht van de bepaaldheid van concrete omstandigheden en sociale betrekkingen.<sup>6</sup>

Specifiek voor het Nederlandse bestuursrecht zijn Achterbergs ideeën onder meer uitgewerkt door Hirsch Ballin, die al sinds de vroege jaren tachtig een intersubjectieve visie op het bestuursrecht verdedigt waarin het bestuur op grond van zijn bevoegdheden nooit over een ‘freies Ermessen’ beschikt, maar steeds slechts een zekere ‘Gestaltungsfreiheit’ heeft op grond waarvan het aan een reeds bestaande rechtsbetrekking nader invulling kan geven. Voortkomend uit ongeschreven beginselen zou tussen overheid en burger een rechtsband bestaan waaraan geen van de betrokkenen zich kan onttrekken. Anders dan in het klassieke model zijn zij in het door Hirsch Ballin verdedigde stelsel dus nooit juridisch onverbonden subjecten, maar zijn zij jegens elkaar steeds gebonden aan fundamentele normen van behoorlijkheid. Voor de toetsbaarheid van bestuurshandelen heeft dat theoretische standpunt belangrijke consequenties. De opvatting van bestuursrechtspraak als marginale toetsing van bestuursbesluiten zou vergaand achterhaald zijn. Ter vervanging pleit Hirsch Ballin voor een model waarin rechterlijke toetsing zich richt op de gehele rechtsverhouding tussen overheid en burger *waarbinnen* dergelijke besluiten worden genomen. Daarbij opereert de overheid nooit in een ‘rechtsvacuüm’, maar wordt haar handelen steeds ten volle beheerst door ongeschreven normen die vereisen dat zij op behoorlijke wijze omgaat met de gerechtvaardigde belangen van anderen. Ook voor de burger blijft Hirsch Ballins intersubjectieve model van bestuursrecht niet zonder gevolgen. Binnen een reeds op grond van ongeschreven recht bestaande ‘wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking’ handelt ook de burger nooit in een juridisch vacuüm, maar is hij steeds tot op zekere hoogte gebonden aan een fundamentele behoorlijkheidsnorm.<sup>7</sup>

Intersubjectieve opvattingen van het bestuursrecht als die van Hirsch Ballin bleven niet onbekritiseerd, zeker niet toen de figuur van de ‘wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking’ zich ontpopte als een dragend beginsel van de in 1994 in werking getreden Algemene wet bestuursrecht.<sup>8</sup> Tot de scherpste bestrijders ervan behoort Teunissen, volgens wie het ‘warme gevoel’ dat sommigen hebben bij een overheid die ‘wederkerig’ en ‘horizontaal’ met de burger omgaat ‘volkomen misplaatst is.’<sup>9</sup> Dat ‘Hoheitsverwaltung’ plaats maakt voor ‘Gleichschaltung’ tussen bestuur en burger lijkt op het eerste gezicht sympathiek, maar is dat volgens Teunissen allerm minst. Daarbij is Teunissen met name bevreesd voor de introductie van een ‘ongeschreven zorgvuldigheidsnorm’ die niet alleen het bestuur aan banden legt, maar ook juridische plichten voor burgers met zich brengt. Het ‘typisch publiekrechtelijke beginsel’ van de ‘wetmatigheid van bestuur’ dreigt op die manier te worden uitgehold.<sup>10</sup> Waarborgen voor de autonome vrijheid van het individu kunnen slechts worden gevonden in de onderkenning van de bijzondere, strikt *verticale* aard van publiekrechtelijke verhoudingen, waarbij het publiekrecht slechts in objectieve

6 Achterberg 1982, p. 5; p. 31.

7 Hirsch Ballin 1983, p. 58-62; Hirsch Ballin 1989, p. 1-4; Hirsch Ballin 2015a, p. 11-15.

8 Zie met name Van der Linden & Tak (red.) 1995, waarin enkele kritische opstellen zijn verzameld uit de hoek van de ‘Maastrichtse school’ rondom Tak en Teunissen. Zie daarnaast, onder veel meer: Damen 1993; Nicaï 1996; Schlössels 1998, p. 40 e.v.; De Haan 1999; Schlössels 2004; Kortmann 2004; Stroink 2006; Ten Berge 2007.

9 Teunissen 1995, p. 282.

10 Teunissen 1996, p. 181-182 en p. 193-194; vgl. o.a. Tak 1997, p. 20.

zin wordt begrepen als stelsel van geschreven en ongeschreven normen die de burger beschermen tegen onrechtmatig overheidshandelen.<sup>11</sup> Als ‘sterk verlate herinnering aan de feodaliteit’,<sup>12</sup> waarin publiek- en privaatrecht ‘ongedifferentieerd’ bleven, zou het ‘nivellerende’ concept van de wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking een ‘regressieve’ ontwikkeling behelzen die afbreekt wat door de ‘autonome’ traditie door de jaren heen met zoveel moeite is opgebouwd.<sup>13</sup>

Over de ‘wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking’ is in de tweede helft van de jaren negentig veel gediscussieerd. Doordat de overheid eenzijdig over rechtsposities van burgers kan beslissen neemt de overheid volgens veel critici van het rechtsbetrokkingsdenken een bijzondere juridische positie in die wederkerigheid uitsluit.<sup>14</sup> De kritiek op het wederkerigheidsdenken wordt breed gedeeld. In hun recente overzichtswerk over het bestuursprocesrecht maken De Poorter en De Graaf de balans op en stellen vast dat de wederkerige rechtsbetrekking ‘op gespannen voet staat met fundamentele uitgangspunten van het Nederlandse bestuursrecht’.<sup>15</sup> Soms wordt zelfs geconcludeerd dat de wederkerigheidsnotie inmiddels een stille dood is gestorven; in vergelijking met de jaren negentig wordt er in de literatuur nauwelijks nog van gerept.<sup>16</sup> Het brede verzet tegen de wederkerige rechtsbetrekking weerhoudt het bestuursprocesrecht er intussen niet van zich zowel in praktijk als theorie tóch langs wederkerige lijnen te ontwikkelen, al wordt het woord ‘wederkerig’ daarbij meestal angstvallig vermeden. In zijn recente preadvies betoont Hirsch Ballin zich een voorstander van die trend en bepleit hij in theoretisch opzicht een ‘intersubjectief’ bestuursrecht waarin overheid en burgers elkaar over en weer als verantwoordelijke ‘partners’ beschouwen. Particuliere rechtssubjecten worden daarbij niet langer geobjectiveerd tot ‘bestuurden’, maar ‘geven zelf mede vorm’ aan hun juridische verhouding tot het bestuur. Behalve voor de overheid blijft dat ook voor de burger niet zonder vanzelfsprekende verantwoordelijkheden; modern burgerschap betekent volgens Hirsch Ballin nu eenmaal ‘het drager zijn van rechten en plichten’ in een door behoorlijkebeginselen beheerste rechtsbetrekking tot de overheid.<sup>17</sup>

Het door Hirsch Ballin in zijn recente preadvies bepleite ‘intersubjectieve’ theoretische model verschilt daarmee in wezen niet van het ‘wederkerige’ stelsel dat hij al veel langer voorstaat; slechts de ‘misverstanden’ waartoe de wederkerigheidsnotie eerder aanleiding zou hebben gegeven motiveerden Hirsch Ballin ertoe dat begrip in zijn preadvies te vermijden.<sup>18</sup> Nog afgezien van theorievorming blijft ook de praktijk van het bestuursrecht zich onmiskenbaar in intersubjectieve zin ontwikkelen. Zo beschrijft Kloosterman verschillende gevallen uit de jurisprudentie waarin ‘ongeschreven burgerplichten’ worden aangenomen; daarbij gaat het onder andere om ‘kennis- en informatieplichten’, ‘coöperatieplichten’ en ‘procedeerplichten’ waarvoor geen duidelijke wettelijke grondslag

11 Teunissen 1995, p. 313.

12 De Haan 1999, p. 22-23.

13 Teunissen 1995, p. 321-322.

14 Ten Berge 2007, p. 23; zie voor dezelfde visie o.a. Tak 1995; Teunissen 1995, p. 277 e.v.

15 De Poorter De Graaf 2011, p. 99-100; vgl. o.a. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 48-50, met verdere verwijzingen.

16 Zie o.a. Laemers e.a. 2007, p. 7 e.v.; vgl. ook Scheltema 2008, p. 208.

17 Hirsch Ballin 2015a, p. 29-35.

18 Hirsch Ballin in antwoord op vragen tijdens de VAR-jaarvergadering 2015.

is te vinden.<sup>19</sup> Volgens Kloosterman reflecteren dergelijke gevallen een jurisprudentiële ontwikkeling naar een steeds ‘wederkeriger’ bestuursrecht, waarbij van de burger steeds meer eigen verantwoordelijkheid wordt verlangd bij het realiseren van zijn aanspraken.<sup>20</sup> In zijn afscheidsrede uit 2007 signaleert Ten Berge eenzelfde jurisprudentiële tendens; ook naar zijn indruk vertoont de jurisprudentie een ‘dynamische ontwikkeling’ waarbij rechters steeds gemakkelijker overgaan tot de ‘schepping van buitenwettelijke burgerplichten’ die ‘een forse complicering’ van de rechtspositie van de burger met zich mee hebben gebracht. De theoretische weerstand tegen de wederkerigheidsleer ten spijt is volgens Ten Berge op de bestuursrechtelijke verhouding tussen overheid en burger een ‘vermogensrechtelijk stempel’ gedrukt dat aan de eigen aard van het bestuursrecht onvoldoende recht doet.<sup>21</sup>

Ook Backes en Jansen betogen dat de wederkerigheidsnotie als onderwerp van debat nog lang niet moet worden afgeschreven. Daarbij wijzen zij onder andere op het rapport ‘Versnelling besluitvorming in het ruimtelijk domein’ uit 2010, waarin onder andere valt te lezen dat ‘verantwoordelijk burgerschap’ zich juridisch zou kunnen vertalen in een ongeschreven verplichting voor burgers ‘op een verantwoordelijke, zorgvuldige wijze om [te] gaan met rechten en bevoegdheden’.<sup>22</sup> Volgens het rapport ‘bestaat de indruk’ dat een goede balans tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming in de huidige bestuursrechtspraak ‘onvoldoende aanwezig’ is, waardoor met name de uitvoering van ‘grote projecten in de weg-, water- en woningbouw’ onaanvaardbare vertragingen oplopen of zelfs stil komen te liggen; de wederkerigheidsnotie figureert in het rapport als een van de aanknopingspunten om daar verandering in te brengen.<sup>23</sup> Op die manier bouwt het rapport onder andere voort op een kabinetsnotitie uit 2005 waarin wordt gesproken over ‘beginselen van behoorlijk burgerschap’ als het spiegelbeeld van de beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>24</sup> Op grond van dergelijke beginselen wordt in het rapport onder andere gepleit voor een hardere trechterwerking ten aanzien van gronden en argumenten, verhoging van proceskosten, het afstraffen van een gebrek aan participatie in het bestuurlijke voortraject en voor schadevergoeding in plaats van vernietiging van onrechtmatige besluiten waarvoor een groot maatschappelijk draagvlak bestaat.<sup>25</sup> Daarmee sluit het rapport nauw aan bij de visie van Scheltema, die de ‘wederkerige rechtsbetrekking’ nog immer beschouwt als een ‘essentieel leerstuk voor het bestuursrecht’. In de ‘huidige, ingewikkelde samenleving’ is het volgens hem hoogst ongewenst dat ‘de burger zich in verhouding tot de overheid alles kan permitteren dat niet door de wet verboden is’. Juist jegens de overheid, die per slot van rekening het algemeen belang vertegenwoordigt, zouden burgers wat hem betreft juridisch gebonden moeten zijn aan intersubjectieve beginselen van zorgvuldigheid en behoorlijkheid.<sup>26</sup>

19 Kloosterman 2005; zie voor ongeschreven burgerplichten verder o.a. Nicolai 1984 en Nicolai 1996.

20 Kloosterman 2005, p. 221.

21 Ten Berge 2007, p. 20-26.

22 Ministerie van Justitie, *Versnelling besluitvorming in het ruimtelijk domein*, Den Haag, april 2010, p. 14; Backes & Jansen 2010, p. 79.

23 Ministerie van Justitie, *Versnelling besluitvorming in het ruimtelijk domein*, Den Haag, april 2010, p. 27; p. 4.

24 Verkenning burgerschap en andere overheid, *Kamerstukken II* 2004/05, 29382, 31, p. 18.

25 Ministerie van Justitie, *Versnelling besluitvorming in het ruimtelijk domein*, Den Haag, april 2010, p. 14.

26 Scheltema 2008, p. 211-213.

Met de ‘stille dood’ van het wederkerigheidsdebat is het laatste woord over ‘wederkerig bestuursrecht’ derhalve nog lang niet gezegd.<sup>27</sup> De laatste jaren ontwikkelt het bestuursrecht zich meer en meer tot een stelsel dat is toegesneden op werkelijk bestaande sociale relaties, waarbij het antwoorden tracht te vinden op de meer horizontale verhoudingen tussen overheid en burger die voor de huidige werkelijkheid van het recht kenmerkend zijn. Dat daarbij meer dan voorheen een beroep wordt gedaan op ‘eigen verantwoordelijkheden’ van particuliere rechtssubjecten is onvermijdelijk, evenals de acceptatie van de gedachte dat niet alleen de overheid, maar ook burgers tot op zekere hoogte gebonden zijn aan ongeschreven behoorlijkheidsnormen. De bijzondere gezagspositie van de overheid maakt meer horizontale opvattingen van het bestuursrecht inherent problematisch, maar het klassieke alternatief van het ‘autonome’, volstrekt op eenzijdige gezagsuitoefening gefundeerde model van bestuursrecht en bestuursprocesrecht staat in een dermate gespannen verhouding tot de sociale werkelijkheid dat het onhoudbaar is geworden. Een ‘relationele’ en daarmee onvermijdelijk ook ‘wederkerige’ hervorming van het bestuursrecht is daarom onvermijdelijk. Wat vooralsnog evenwel ontbreekt is een wederkerigheidsconcept dat enerzijds recht doet aan de meer horizontale oriëntatie van de werkelijkheid van het publiekrecht en zich anderzijds rekenschap geeft van de eigen, uiteindelijk toch door eenzijdige gezagsuitoefening bepaalde aard van publiekrechtelijke verhoudingen. Zo lang een dergelijk concept ontbreekt, blijft de vrees reëel dat incorporatie van wederkerige, veelal aan het privaatrecht ontleende juridische figuren het bestuursrecht in een privaatrechtelijk denkmodel plaatst dat aan de bijzondere juridische gezagspositie van overheidsorganen geen recht doet.<sup>28</sup>

De huidige ontwikkeling van het bestuursrecht vraagt derhalve om een analyse van ‘intersubjectief’ bestuursrecht die dieper graaft dan in juridische literatuur meestal het geval is. Hoe heeft de ‘autonome’ idee van het publiekrecht als kunstmatige verticale orde zich in de Nederlandse rechtscultuur gevestigd? Welke ideeën over de verhouding tussen publiek- en privaatrecht lagen daaraan ten grondslag? Waarom werd dat ‘autonome’, sterk van particuliere verhoudingen abstraherende model uiteindelijk onhoudbaar geacht? Welke meer ‘relationele’ alternatieven werden ervoor aangedragen? Trachten die alternatieven recht te doen aan de ‘eigen aard’ van publiekrechtelijke verhoudingen, of gaan zij veeleer uit van een rechtsopvatting waarbinnen tussen publiek- en privaatrechtelijke verhoudingen geen fundamentele verschillen bestaan? Welke aanknopingspunten kunnen daarbij worden gevonden voor een meer ‘relationeel’ model van bestuursrecht dat aansluiting zoekt bij de veranderde sociale werkelijkheid, maar waardevolle ‘autonome’ uitgangspunten niet uit het oog verliest? Op zoek naar antwoorden op dergelijke vragen ga ik hieronder eerst in op de diep in onze rechtscultuur verankerde idee van het privaatrecht als het organische, horizontaal georiënteerde ‘gemene recht’ en de verticale orde van het publiekrecht als kunstmatig uitzonderingsrecht. Vervolgens bespreek ik de ‘gemengde leer’ die de scheidslijn tussen publiek- en privaatrecht wenst te doorbreken en in de begripsmatige convergentie van die rechtsgebieden daarom geen probleem ziet. Tot slot komen opvattingen aan bod die de ‘eigen aard’ van publiekrechtelijke verhoudingen in een meer ‘relationeel’ model

27 Vgl. o.a. Backes & Jansen 2010, p. 79.

28 Vgl. o.a. Ten Berge 2007, p. 26.



van publiekrecht trachten te verdisconteren. Betekent een ‘wederkerig’ publiekrecht vanzelfsprekend dat de verhouding tussen burger en overheid een vermogensrechtelijk stempel krijgt opgedrukt? Of is een juridisch wederkerigheidsbegrip voorstelbaar dat zich van de fundamentele ongelijkheid tussen burger en overheid voldoende rekenschap geeft?

## 2. ‘GEMEEN RECHT’

Hoe is de ‘autonome’ identiteit van het publiekrecht ten opzichte van het meer ‘relationele’ privaatrecht nu tot stand gekomen? In de klassieke ‘autonome’ visie maakt het voor de werkwijze van de rechter niet uit of hem een privaaf- of publiekrechtelijke zaak wordt gepresenteerd. Zo beschrijft Kant rechtspraak simpelweg als de toepassing van abstracte regels op particuliere gevallen, waarbij het rechterlijk oordeel wordt omschreven als de conclusie van een syllogisme met de wet als major- en de feiten als minorpremissie.<sup>29</sup> In het privaatrecht maakte dat ‘autonome’ subsumptiemodel vanaf het interbellum steeds meer plaats voor een meer intersubjectief model dat niet zozeer is gericht op de absolute handhaving van *abstracte normen en rechten*, maar zich veeleer richt op de vraag welke aanspraken op grond van die normen en rechten precies kunnen worden ontleend binnen *concrete verhoudingen*. Tegen de achtergrond van de sociale spanningen die werden opgeroepen door de industriële revolutie bleek het ‘autonome’ uitgangspunt van formele gelijke vrijheid niet onaantastbaar. In een situatie waarin de rijkdommen en productiemiddelen bij de ene juridische persoon hoog liggen opgestapeld en de andere persoon ‘weinig bezit en loonafhankelijk is’, schrijft Kop bijvoorbeeld treffend, heeft de blinde ‘vooronderstelling van de gelijkheid der aan het rechtsverkeer deelnemende personen’ desastreuze gevolgen.<sup>30</sup> Waar het privaatrecht zich derhalve niet langer uitsluitend blind staarde op de beschrijving en logische herleiding van ‘Rechtssätze in ihrem systematischen Zusammenhang’,<sup>31</sup> maar zich in toenemende mate rekenschap trachtte te geven van werkelijk bestaande sociale verhoudingen, bleef het publiekrecht van een dergelijke relationele wending aanvankelijk goeddeels uitgesloten. Dat kan onder andere worden verklaard tegen de achtergrond van de gemene rechtsleer, die in het publiekrecht een *kunstmatige* uitzondering ziet ten opzichte van een *organisch* privaatrecht.

De idee van het privaatrecht als het organische ‘gemene recht’ stamt oorspronkelijk van Otto von Gierke, die in een beroemde rede uit 1889 uitgebreid uiteenzet waarom de ‘dode dogmatiek’ van de formalistische rechtswetenschap wat hem betreft geen toekomst heeft. Tegen de achtergrond van de sociale spanningen in zijn tijd achtte hij een privaatrechtswetenschap die zich slechts richt op het abstracte systeem van het recht onacceptabel. Om aan haar ‘soziale Aufgabe’ te voldoen dient de rechtswetenschap haar aandacht volgens hem vooral ook te richten op de wijze waarop dat abstracte systeem in de praktijk gestalte krijgt. ‘Unser Privatrecht wird sozialer sein, oder es wird nicht sein’, stelt Gierke aan het slot van zijn rede.<sup>32</sup> Een al te waterdichte scheiding tussen publiek- en privaatrecht ziet hij daarbij als een belangrijke hinderpaal. Op zichzelf onderschrijft Gierke

<sup>29</sup> MS, p. 313.

<sup>30</sup> Kop 1992, p. 48.

<sup>31</sup> Larenz 1983, p. 24.

<sup>32</sup> Gierke 1948 [1889], p. 34.



het onderscheid als een ‘Ausdruck der doppelten Bestimmung des Menschendaseins’, waarbij het individuele bestaan de ‘Zweckbestimmung’ van het privaatrecht inhoudt en het publieke gemeenschapsleven het object van het publiekrecht vormt.<sup>33</sup> Van een waterdichte scheiding tussen publiek- en privaatrecht dient volgens hem echter geen sprake te zijn. Het doel van beide rechtsgebieden blijft immers toch altijd dezelfde mens, die een individueel bestaan leidt maar tegelijkertijd deel uitmaakt van een politieke gemeenschap. De ‘Einheit des Zieles’ van het recht in zijn geheel gaat derhalve aan de scheiding tussen publiek- en privaatrecht vooraf en mag nooit uit het oog worden verloren. Concreet resulteert dat in een rechtsopvatting waarin het privaatrecht primair georiënteerd dient te zijn op het autonome en wilsvrije individu, maar anderzijds het algemeen belang (‘Gemeinwohl’) nooit mag vergeten. Andersom erkent Gierke dat het publiekrecht in de eerste plaats gericht dient te zijn op de staat in zijn geheel, maar stelt hij tegelijkertijd dat het ook rekening moet houden met de belangen van het individu.<sup>34</sup>

Ter onderbouwing van zijn visie op het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht beroept Gierke zich op argumenten waarin romanistische en germanistische elementen op een interessante wijze zijn verenigd. De Germanen, zo legt hij uit, traden ooit ‘mit unfertigem Staat und unfertigem Recht in die Geschichte ein’. Het verschil tussen publiek- en privaatrecht bleef voor hen aanvankelijk verborgen. In al haar primitivisme was de Germaanse opvatting van het recht desalniettemin ‘breiter und tiefer angelegt’ dan die van de Romeinen. Van ‘autonome’ concepten als staatssoevereiniteit en individuele rechtssubjectiviteit hadden de Germanen nog geen weet. Daar stond echter tegenover dat zij meer dan de Romeinen een juist begrip hadden van de ‘Einheit des Rechts’, die zij ‘mit der ganzen Kraft ihres Gemüthes’ zouden hebben doorvoeld. Van oudsher heeft het Germaanse recht derhalve onvoldoende oog voor de autonome vrijheid van het individu, maar daar zou tegenover staan dat het door en door sociaal was. In het moderne losmakingsproces van oude feodale structuren deed de ‘christlich-germanischer Geist’ vervolgens een beroep op de ‘Geist des heidnischen Alterthums’. Daarbij herleefde het romeinsrechtelijke onderscheid tussen de statelijke, op het algemeen belang gerichte sfeer van het publiekrecht enerzijds en de door individuele belangen gedomineerde sfeer van het privaatrecht anderzijds. Die ‘grundsätzlicher Gegensatz’ is in beginsel ook voor Gierke onaantastbaar. Geheel in lijn met de ‘autonome’ traditie ziet hij in de publiekrechtelijke orde een kunstmatige schepping waarmee vrije en gelijke individuen zich bevrijden uit feodale afhankelijkheidsverhouding; wie het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht geheel terzijde schuift, zegt derhalve vaarwel tegen de verworvenheden van de moderne tijd en keert terug tot de duistere middeleeuwen.<sup>35</sup>

33 D. 1.1.1.2: ‘Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.’ Zie verder o.a. Van Caenegem 1995, p. 1-2.

34 Gierke 1848 [1889], p. 4-5: ‘Was wir Individuum und was wir Allgemeinheit nennen, sind nur unentbehrliche begriffliche Abstraktionen, von der in ihrer Totalität für unser Denken unerfasslichen Realität des geschichtlichen Menschen. So kann auch die Rechtsordnung, wenn sich in Privatrecht und öffentliches Recht spaltet, wohl eine Weile davon absehen, dass der Einzelne für das Ganze und das Ganze für die Einzelnen da ist. Allein zuletzt darf sie die Einheit des Zieles nicht vergessen und muss auch im Privatrecht, wo sie zuvörderst für Einzelinteressen sorgt, das Gemeinwohl erstreben, und im öffentlichen Recht, wo sie zunächst auf das Ganze blickt, den Einzelnen gerecht werden.’

35 Gierke 1948 [1889], p. 6-7.

Nog desastreuzer is evenwel een dichotome rechtsopvatting waarin alleen het publiekrecht zich oriënteert op het algemeen belang en het privaatrecht geheel wordt gedomineerd door absolute individuele rechten. Daarom zou het zaak zijn aan te knopen bij de gemeenschapsgeest van ‘das erneuerte, das wiedergeborne, das aus todesähnlichem Schlummer erweckte deutsche Recht’ zonder daarbij de lessen van het Romeinse recht geheel te vergeten. Met oude feodale structuren is inmiddels genoegzaam gebroken; daarmee zou het tijd worden naast de ‘Geist des heidnischen Altherthums’ opnieuw ruimte te scheppen voor het diepere rechtsgevoel van de Germanen. Dankbaar, stelt Gierke, dient men vast te houden aan het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht als een door de Romeinen ontwikkelde *vorm*. De geest die deze vorm bezielt zoekt hij evenwel in de ‘Geist des Rechtes unserer Väter’.<sup>36</sup> Alleen de Germanen zouden aanspraak kunnen maken op ‘das eigentliche und wahre Privatrecht’. Daarbij gaat het niet om abstracte, van hogerhand over de werkelijkheid gelegde ‘Schablone’, waarin Gierke vooral de erfenis ziet van de romanistische traditie. Het ‘werkelijke’ privaatrecht van de Germanen is ‘lebendig’, ‘volksthümlich’ en ‘sozial gefärbt’, terwijl de romanistische traditie ‘verknöchert’ zou zijn in ‘todter Dogmatik’.<sup>37</sup> Een vanzelfsprekende ‘Gemeinschaftsgeist’ doordringt het privaatrecht van onderop. In zijn vanzelfsprekende gerichtheid op het algemene belang naast particuliere belangen zou het privaatrecht probleemloos allerlei functies kunnen vervullen die traditioneel aan het publiekrecht zijn voorbehouden; in dit verband spreekt Gierke over het privaatrecht als het ‘gemeines Recht’. Desalniettemin behoudt een kunstmatige, op het abstracte algemeen belang gerichte publiekrechtelijke orde daarnaast haar ‘eigen Beruf’, zodat het principiële ‘romanistische’ onderscheid tussen publiek- en privaatrecht niet geheel wordt uitgewist.<sup>38</sup>

Publiek- en privaatrecht dienen volgens Gierke dus in zekere mate te convergeren, zonder dat precies duidelijk wordt waar de nieuwe grens zou moeten komen te liggen. Gierkes Nederlandse navolgers boden in dit opzicht meer zekerheid. Van groot belang is daarbij een opstel uit 1894 waarin Hamaker zich buigt over het in zijn ogen vaak verkeerd gehanteerde onderscheid tussen ‘staat’ en ‘maatschappij’. Hamaker realiseerde zich dat hij met dat onderwerp netelig terrein betrad; velen zagen in de abstracte en absolute handhaving van een statelijke ‘algemene wil’ boven de chaos van een maatschappelijke belangenstrijd immers een wezenskenmerk van het moderne recht.<sup>39</sup> Het publiekrecht, schrijft Hamaker, is zich ‘zijn waarde, zijn zelfstandig karakter, zijn hoge betekenis tegenover het privaatrecht’ nooit zozeer bewust geweest als in zijn eigen tijd.<sup>40</sup> Desalniettemin constateert Hamaker dat juist dat onderscheid tegen de achtergrond van de ‘sociale kwestie’ onder hoge druk is komen te staan. Sommigen bepleitten de algehele afbraak van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht, terwijl anderen er juist principieel aan vasthielden.<sup>41</sup> Evenals Gierke neemt Hamaker in dezen een middenpositie in. Enerzijds sluit het klassieke onderscheid niet meer goed aan bij de moderne sociale

36 Gierke 1948 [1889], p. 10-12.

37 Gierke 1948 [1889], p. 13.

38 Gierke 1948 [1889], p. 34.

39 Zie hierboven, hoofdstuk 2, §2 en 3 over de opvattingen van Buys, Stein en Gneist.

40 Hamaker 1913 [1894], p. 135.

41 Vgl. o.a. Van der Hoeven 1989, p. 115-119.

werkelijkheid, waarin ‘staat’ en ‘maatschappij’ onderling steeds nauwer vervlochten zijn geraakt; met name richt hij zich daarbij op het ‘hoogheidskarakter’ van de overheid, dat bij toenemend overheidsingrijpen in de maatschappelijke ruimte niet langer vanzelf zou spreken. Anderzijds meent Hamaker dat er ‘tussen de beide dingen, die we publiek- en privaatrecht noemen’ wel degelijk een ‘karakteristiek en wezenlijk verschil’ bestaat dat niet zonder nadelige consequenties kan worden veronachtzaamd.<sup>42</sup>

Ter onderbouwing van die stelling beroept Hamaker zich evenals Gierke op een interessante synthese tussen ‘Germaansche’ en romanistische elementen. Anders dan in het Romeinse recht zou een absoluut publiekrechtelijk *imperium* in de Germaanse samenleving hebben ontbroken. Natuurlijk waren er ‘leiders der volksvergadering’ en ‘aanvoerders in den krijg’, maar een ‘overheid in eigenlijken zin’, bevoegd om ‘al naarmate de behoeften het vorderden’ over de personen en de goederen van volksgenoten te beschikken, ontbrak; van een kunstmatig gezag dat ‘buiten [het volks]recht om of tegen dat recht in’ kon bewegen was nog geen sprake. Derhalve stond de overheid niet *boven*, maar *in* het recht. Met de opkomst van de ‘autonome’ traditie veranderde dat; volgens de leer van denkers als Machiavelli en Hobbes is immers ‘geen recht zoo heilig’ dat de overheid het niet opzij zou mogen schuiven wanneer het abstracte algemeen belang dat vereist. Met het Franse absolutisme bleek dat kunstmatig, strikt verticaal ingericht publiekrecht weliswaar een uitweg biedt uit feodale verhoudingen, maar ook kan ontaarden in tirannie. In de moderne ‘rechtsstaat’ berust het absolute gezag daarom niet langer bij de koning als soeverein heerser, maar bij het parlement als hoogste wetgevende macht; de overheid als uitvoerende macht werd daarbij gebonden aan wettelijke regels. Daarmee kreeg de overheid een ‘een meester boven zich’, maar al snel bleek het gevaar van machtsmisbruik daarmee niet geweken. Naarmate de uitvoerende macht ter vervulling van haar maatschappelijke taken over meer ruime, ‘open’ geformuleerde bevoegdheden kwam te beschikken, bleek zij daarin vaak ‘een ontslag uit de handen des rechts’ te zien, ‘eene bevoegdverklaring tot op-zijde-schuiving van het recht’ waarbij de burger in de praktijk veelal op even grote achterstand werd gezet als voorheen.<sup>43</sup>

Met de ‘terugtrek van de wetgever’ herkrijgt de overheid aldus een deel van haar oude absolute gezag. In de klassieke rechtsstaat heerst dan wel de *wet*, maar zolang die strikt formeel wordt uitgelegd komt van rechtsbescherming tegen de overheid weinig terecht. Voor een definitief afscheid van het absolutisme is dus meer nodig. Een terugkeer naar de staatloosheid van de Germanen, wier leiders geheel aan het recht onderworpen waren, wijst Hamaker af; evenals Gierke onderschrijft hij daarbij de ‘autonome’ gedachte van absoluut publiek gezag als enige uitweg uit feodale afhankelijkheidsverhoudingen. Voor ‘relationele’ hervorming van het publiekrecht is daarom beperkt ruimte; de uitoefening van staatsmacht dient in beginsel ‘onbeperkt’ te zijn, waarbij het zich nooit richt op concrete verhoudingen en particuliere belangen, maar steeds ‘op alle behoeften berekend’ is.<sup>44</sup> Desalniettemin pleit Hamaker voor een stelsel waarin de overheid in beginsel ‘niet *boven*, maar *in* het recht’ wordt gedacht, zodat ‘open’ bevoegdheden niet langer een

42 Hamaker 1913 [1894], p. 139.

43 Hamaker 1913 [1894], p. 140-147.

44 Hamaker 1913 [1894], p. 145.

vrijbrief kunnen zijn voor bestuurlijke willekeur. Daartoe is een verruiming van het rechtsbegrip nodig waarbij de overheid niet meer alleen gebonden is aan de *wet*, maar daarnaast aan de ruimere eisen van het ‘rechtsbewustzijn’, begrepen als het ‘den mensch van nature ingeschapen bewustzijn van recht en onrecht’.<sup>45</sup> Alleen voor zover de wetgever de overheid expliciet van dergelijke gebondenheid ontslaat, beschikt zij in Hamakers leer over publieke almacht en kan zij zich beroepen op haar kunstmatig ‘hoogheidskarakter’; voor het overige is zij niet anders dan andere rechtssubjecten onderworpen aan door het ‘rechtsbewustzijn’ ingegeven geschreven en ongeschreven regels. Kortom: ‘[D]e overheid is ‘in haar werkzaamheden gebonden [...] aan de [...] wetten zeer zeker, maar ook en in de eerste plaats aan het recht, aan dit laatste [...] in beginsel, voor zoverre zij er bij de wet geen vrijdom van gekregen heeft’. Alleen binnen een door wetten afgebakende publiekrechtelijke ‘uitzonderingsruimte’ kan de overheid zich aan het recht onttrekken.’<sup>46</sup>

Het ‘rechtsbewustzijn’ wordt door Hamaker nader omschreven als ‘het geheel van al die in stilte wordende, door niemand bedachte, gedragsregelen, van wier bestaan de menschheid te allen tijde het gevoel en het besef gehad heeft’; verder laat hij er weinig over los, zodat het concept in filosofisch opzicht enigszins onuitgewerkt blijft. Als emanatie van het rechtsbewustzijn ontstond het privaatrecht ‘van onderop’; reeds voorafgaand aan codificatie leefden de regels van het gemene recht volgens hem ‘onbeschreven [...] in de geest der volksgenooten’. Het publiekrecht daarentegen is volgens Hamaker een artificiële constructie, ‘van bovenaf’ in het leven geroepen om ‘der overheid de taak, die zij in de maatschappij te vervullen heeft, te omschrijven en haar de middelen daartoe te verschaffen’. Als zodanig vindt het zijn oorsprong niet in het rechtsbewustzijn, maar in wettelijke bevelen. Anders dan het privaatrecht bestaat het publiekrecht ‘noch altijd noch overal’. Evenmin vertegenwoordigt het publiekrecht een ‘inwendige kracht, die den mensch drijft’; de wetsbevelen waarmee het publiekrecht tot leven komt zijn ‘uitwendige gebeurtenissen’ die soms met het rechtsbewustzijn overeenkomen, maar het ook terzijde kunnen schuiven.<sup>47</sup> Het publiekrecht zou daarom een werkelijk rechtskarakter ontberen en draagt derhalve een misleidende naam; wat ‘zoo zeer verschilt’, meent Hamaker, werd ‘beter niet met één geslachtsnaam aangeduid’. Alleen het *privaatrecht* is werkelijk recht; het publiekrecht duidt hij aan als ‘een ander ding’.<sup>48</sup>

Aldus lijkt Hamaker uit te gaan van een zekere morele suprematie van het privaatrecht als natuurlijk rechtsbewustzijn over een artificieel, van bovenaf opgelegd publiekrecht dat eigenlijk geen recht zou mogen heten.<sup>49</sup> In afwijking van veel natuurrechtelijke theorieën acht hij het menselijke rechtsbewustzijn echter niet van goddelijke oorsprong, zodat niet per se kan worden vertrouwd op de ‘opperste leiding’ ervan.<sup>50</sup> Integendeel; Hamaker betoogt juist dat het artificiële publiekrecht ‘heer en meester’ over het natuurlijke privaatrecht dient te zijn. Zo schrijft hij:

45 Hamaker 1913 [1894], p. 153.

46 Hamaker 1913 [1894], p. 148.

47 Hamaker 1913 [1894], p. 148-153.

48 Hamaker 1913 [1894], p. 161.

49 Vgl. o.a. Crijns 2010, p. 402-403; Van der Hoeven 1989, p. 158.

50 Hamaker 1913 [1894], p. 154.

‘[O]ok zij die, gelijk ik, het privaatrecht als het rechtsbewustzijn stellen tegenover het publiekrecht als het bevel der overheid, kunnen en moeten [...] de ondergeschiktheid van het eerste aan het laatste toegeven. [...] Ondergeschiktheid in dien zin, dat de wetgever bevoegd moet geacht worden, door zijne wetten en de daaraan verbondene sancties de werking van het rechtsbewustzijn tegen te gaan.’<sup>51</sup>

Hoewel hij het rechtsbewustzijn niet kan veranderen of afschaffen dient de wetgever dus wel in staat te zijn het in bepaalde gevallen buiten werking te stellen en te vervangen door eigen regels. Veel scherper dan Gierke markeert Hamaker de sfeer van het publiekrecht daarmee als een uitzonderingsruimte waarbinnen het ‘hoogheidskarakter’ van de overheid onaangetast blijft. Het door sommigen van zijn tijdgenoten aangehangen standpunt dat ‘ook thans nog [...] het zoogenaamde privaatrecht voor den overheid niet geschreven is’ beschouwt Hamaker als vergaand achterhaald. Voor zover de overheid buiten een wettelijk gemarkeerde uitzonderingsruimte maatschappelijke taken vervult, vervalt haar verheven positie en is zij onderworpen aan het privaatrecht als het ‘gemene recht’ als ieder ander; alleen binnen die formele uitzonderingsruimte leeft haar soevereine positie voort.<sup>52</sup>

### 3. PUBLIEKRECHT ALS UITZONDERINGSRECHT

Met de leer van het ‘gemene recht’, zoals uiteengezet door Gierke en Hamaker, wordt de organische staats- en rechtsopvatting van denkers als Hegel en Thorbecke derhalve zo goed als omgekeerd. In de maatschappij zien Hegel en Thorbecke primair een vrije ruimte waarin ieders gelijke vrijheid wordt gewaarborgd door de formele regels van het abstracte recht, terwijl de staat wordt opgevoerd als zedelijk domein dat bijeen zou worden gehouden door wederzijds bindende behoorlijkheidsbeginselen. Gierke en Hamaker gaan van het tegenovergestelde uit. Juist de door het ‘gemene recht’ beheerste maatschappij geldt in hun leer als een domein dat wordt beheerst door zedelijke verbondenheid, terwijl zij in het publiekrecht een door wetten afgebakende ruimte zien die van juridisch bindende zedelijkheid gevrijwaard blijft. De notie van het publiekrecht als ‘uitzonderingsrecht’ ontwikkelde zich verder in het denken van invloedrijke geleerden als Krabbe en F.G. Scheltema. Bij het uitblijven van een stelsel van algemene administratieve rechtspraak zag de burgerlijke rechter zich in de loop van het interbellum gedwongen zelf in rechtsbescherming tegen de overheid te voorzien; de ‘gemene’ rechtsleer bood hem een uiterst praktisch instrument waarmee zijn rechtsmacht in dezen kon worden gelegitimeerd en meteen ook duidelijk kon worden afgebakend. Tegen die achtergrond ontwikkelde zich de opvatting van bestuursrecht als formeel uitzonderingsrecht die diep in onze rechtscultuur verankerd is en ook in het huidige recht nog sporen nalaat.

Anders dan Hamaker zien Krabbe en Scheltema het publiekrecht niet als ‘een ander ding’, maar als volwaardig recht. Ook voor Krabbe is de bron van het recht in wezen gelegen in het rechtsbewustzijn als ‘originare macht’ die ‘in ons innerlijk van nature aanwezig is’.<sup>53</sup> Niet alleen het ‘gemene recht’ of ‘privaatrecht’, maar ook het publiekrecht

51 Hamaker 1913 [1894], p. 162.

52 Hamaker 1913 [1894], p. 149.

53 Krabbe 1915, p. 43.

wordt door Krabbe tot dat rechtsbewustzijn herleid. Zo zou het onder meer tot uiting komen in de ‘natuurlijke drang tot gemeenschapsvorming’ die ten grondslag zou liggen aan publieke gemeenschappen. Met Aristoteles beschouwt Krabbe de staat daarmee niet als een artificiële figuur, maar als een morele gemeenschap die uit het rechtsbewustzijn van de mens zelf voortkomt; derhalve is de publiekrechtelijke orde in zijn ogen geen *machts*-, maar een *rechtsgemeenschap*, waarin behalve burgers ook overheden zijn gebonden aan ongeschreven juridische plichten.<sup>54</sup> Daarmee verzet Krabbe zich tegen de idee van een soevereine staat die zich ten opzichte van zijn ‘Untertāne’ op zijn ‘Rechtsmehrwert’ kan beroepen.<sup>55</sup> Niet de *staat*, maar het *recht* is in Krabbes leer soeverein; het recht gaat immers aan de staat vooraf en niet andersom.<sup>56</sup> De klassieke opvatting van de staat als ‘mit *Imperium* ausgestatteter Herr’, wiens almacht absoluut is, vervulde in de wordingsgeschiedenis van het moderne recht weliswaar een belangrijke rol, maar zou inmiddels achterhaald zijn. In de sociale rechtsstaat is de ‘hoogheid’ van de staat niet langer vanzelfsprekend. Anders dan voorheen maakt de handhaving van de abstracte, op ieders gelijke vrijheid geënte rechtsorde ‘vielleicht nur den hundertsten Teil seiner sämtlichen Funktionen’ uit, zodat het voor Krabbe een raadsel is waarom die funderende functie nog steeds als zijn ‘wezensbeginsel’ wordt opgevoerd; in de nieuwe omstandigheden zou men daarbij even goed kunnen denken aan ‘die Beförderung der Briefe’ of ‘der Betrieb der Eisenbahnen’.<sup>57</sup> In een sociale werkelijkheid waarin de overheid namens de staat steeds nadrukkelijker maatschappelijke taken vervult zouden overheid en burger elkaar veeleer moeten zien als elkaars ‘Rechtsgenossen’, die beide met hun ‘ganzes Können und Dürfen’ gebonden zijn aan het recht als rechtsbewustzijn.<sup>58</sup>

Die fundamentele rechtsonderworpenheid houdt niet in dat de overheid namens de staat nooit haar onverbiddelijke gezag kan laten gelden. In beginsel heeft de staat ten opzichte van particuliere rechtssubjecten geen vanzelfsprekende ‘Mehrwert’, maar valt ‘mit allen seinen grossen und wichtigen Interessen’ als gewoon subject onder het privaatrecht als het gemene recht. Daarbij erkent Krabbe evenwel dat publieke taken ‘innerhalb jenes Rechts’ niet altijd uitvoerbaar zijn, zodat behoefte ontstaat naar een ‘für die Beziehungen des Staates zur Gesellschaft geschriebenen besonderen Ordnung’. Deze bijzondere geschreven orde is het publiekrecht.<sup>59</sup> Of de verhoudingen tussen burger en staat ‘den Rechtsformen und Befugnissen des gemeinen Rechts’ inderdaad ‘entwachsen’ zijn, dient volgens Krabbe steeds vooraf door de wetgever te worden bepaald; zijn uitgangspunt is steeds volledige onderworpenheid aan het privaatrecht, dat eigenlijk beter ‘gemeines Recht’ of ‘Volksrecht’ zou kunnen heten. Met Hamakers visie op het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht heeft Krabbes theorie al met al veel weg. Evenals Hamaker ziet hij het privaatrecht als ‘vorstaatliches’ en ‘ausserstaatliches’ recht, dat een zelfstandige, ‘unter der Schwelle des Bewusstseins sich vollziehende’ ontwikkeling heeft doorgemaakt.

54 Krabbe 1915, p. 3-6.

55 Krabbe 1906, p. 1-4.

56 Krabbe 1915, p. 34-36; zie voor een bestrijding van dat standpunt o.a. Schmitt 1922, p. 29-40, waar Carl Schmitt Krabbe met Kelsen en Gierke opvoert als belangrijke opponent van zijn theorie van het primaat van de politieke beslissing.

57 Krabbe 1906, p. 31.

58 Krabbe 1906, p. 35.

59 Krabbe 1906, p. 43.



Als kunstmatig verschijnsel is publiekrecht daarentegen ‘im Staate und durch den Staat’ ontstaan; in wezen bestaat het, ook volgens Krabbe, slechts uit formele staatsbevelen die de eisen van een intersubjectieve, op concrete sociale verhoudingen geënte zedelijkheid desgewenst opzij zetten.<sup>60</sup>

Met het uitblijven van een stelsel van onafhankelijke algemene bestuursrechtspraak nam de notie van het publiekrecht als formeel uitzonderingsrecht al snel een hoge vlucht. Met *Guldemonde/Noordwijkerhout* en *Ostermann* eigende de Hoge Raad zich in 1915 en 1924 een rechtsmacht toe die op grond van de gemene rechtsleer bij uitstek kon worden gelegitimeerd.<sup>61</sup> Van bijzonder belang is in dit opzicht een rede van F.G. Scheltema uit 1927. In het voetspoor van Hamaker en Krabbe gaat Scheltema uit van het privaatrecht als ‘het gemeene recht’ dat ‘ook voor de overheid’ van gelding is ‘zolang een afwijking niet kan worden aangewezen’.<sup>62</sup> Een blik op de Franse situatie leert dat het ook anders kan; de Fransen beschikken immers van oudsher over een ‘volledig en gesloten systeem’ van bestuursrecht dat in beginsel alle verhoudingen omvat waarbij de overheid betrokken is.<sup>63</sup> Mede vanwege het uitblijven van een coherent stelsel van bestuursrechtspraak is het bestuursrecht in Nederland daarentegen dusdanig ‘fragmentarisch’ ontwikkeld dat het zich ‘op tal van verhoudingen niet of moeilijk laat toepassen’. Het privaatrecht, daarentegen, biedt volgens Scheltema een ‘zoodanigen rijkdom aan vormen’ dat toepassing op in wezen publiekrechtelijke verhoudingen niet per se bezwaarlijk is.<sup>64</sup> Pas wanneer het bestuursrecht zich voldoende ontwikkelt zou gedacht kunnen worden aan een stelsel als het Franse, waarin geschillen tussen burgers en overheden in beginsel onder het publiekrecht vallen. Zo lang het bestuursrecht daartoe in begripsmatig opzicht nauwelijks aanknopingspunten toe biedt, ligt het echter voor de hand dat de rechter ‘zijn heil elders zoekt’ en aansluit bij het gewone onrechtmatigedaadsrecht.<sup>65</sup>

Scheltema acht het Nederlandse, deels via het burgerlijke recht beredeneerde stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid derhalve niet geheel bevredigend, maar zeker ook niet echt problematisch. In het Franse systeem beperkt de bevoegdheid van de bestuursrechter en de toepasselijkheid van het bestuursrecht zich tot gevallen waarin de overheid ‘als zodanig’ optreedt; wanneer zulks het geval is, valt evenwel met geen mogelijkheid met enige scherpste te zeggen. Daarom is het maar goed, meent ook Scholten, dat het Nederlandse ‘positieve recht van het heden’ gekozen heeft voor een andere, in theoretisch opzicht wellicht minder verfijnde benadering en het bestuursrecht vooralsnog beschouwt als een verzameling ‘bevelen der overheid’ die het gemene recht ‘terwille

60 Krabbe 1906, p. 44.

61 Vgl. o.a. Van der Hoeven 1989, p. 145 e.v.

62 Scheltema 1927, p. 240.

63 Scheltema 1927, p. 242.

64 Scheltema 1927, p. 260-261. ‘Had – om een voorbeeld te noemen – te onzent eene publiekrechtelijke regeling bestaan omtrent de gevolgen der onrechtmatige overheidsdaad, de Hoge Raad zou er waarschijnlijk nimmer aan gedacht hebben, art. 1401 te interpreteren op een wijze, als in 1924 is geschied.’

65 Scheltema 1927, p. 261-262. Dat de vormen van het ‘gemene recht’ niet altijd ideaal zijn, neemt hij daarbij op de koop toe. Zie o.a. Scheltema 1927, p. 264: ‘Het ligt, dunkt mij, in de aard der zaak (...) dat voor een overgroot aantal van de verhoudingen, waarbij de overheid is betrokken, het gewone privaatrecht niet het ‘richtige Recht’ is’. Als voorbeeld noemt Scheltema onder andere de toepassing van de Faillissementswet op het faillissement van publiekrechtelijke corporaties.



van de staatstaak aanvullen en er van afwijken'.<sup>66</sup> Ook een auteur als Wiarda huldigt dat standpunt. Een nuchtere en formele opvatting van het bestuursrecht is voor de theoretische ontwikkeling van het bestuursrecht misschien niet ideaal, maar behoedt ons in ieder geval voor de problemen die worden opgeroepen door de 'moeilijke en van steeds aanvechtbare criteria afhankelijke onderscheiding tusschen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke verhoudingen' waarmee de Fransen zichzelf hebben opgezaagd.<sup>67</sup> Een stelsel waarin het publiekrecht beperkt blijft tot een formeel uitzonderingsterrein ten opzichte van een 'gemeen' organisch privaatrecht biedt in ieder geval het voordeel van een duidelijke afbakening van rechterlijke competenties. Zolang het bestuursrecht in begripsmatig opzicht nog in de kinderschoenen staat, geldt het publiekrecht voor Scheltema derhalve als een 'groep van bepalingen, die aan het gemeene recht derogeeft'; in alle gevallen waarin 'zulk eene derogatie niet heeft plaats gehad' geldt het privaatrecht als het 'gemeene recht'.<sup>68</sup>

Hoewel Scheltema het rechtskarakter van het publiekrecht anders dan Hamaker geenszins ontkent, vormt ook de door hem aangehangen visie bepaald geen ideale voedingsbodem voor de ontwikkeling van het bestuursrecht als beginselenrecht. Zoals Van der Hoeven terecht schrijft is de opvatting van het gemene recht als het primair bindende recht en het publiekrecht als uitzonderingsrecht 'moeilijk verenigbaar met het aanvaarden van ongeschreven bestuursrecht'.<sup>69</sup> De gemene rechtsleer gaat uit van het recht als één samenhangend geheel; wettelijke inbreuken op het 'gemene recht' kunnen daarbij worden aanvaard omdat 'wetgeving zélf van het systeem deel uitmaakt'. *Ongeschreven* inbreuken zijn minder goed denkbaar, omdat deze tegen de idee van 'eenheid van het recht' indruisen. Hoewel denkers als Scheltema, Scholten en Wiarda het bestaan van ongeschreven publiekrecht in weerwil van Hamaker en Krabbe in theoretisch opzicht expliciet erkennen,<sup>70</sup> houdt ook de door hen aangehangen variant van de gemene rechtsleer een situatie in stand waarin zulk ongeschreven publiekrecht niet goed tot ontwikkeling kan komen.<sup>71</sup> Tegen de achtergrond van de gemene rechtsleer bleek het 'wetspositivisme' binnen het publiekrecht aanvankelijk oppermachtig. Pas de toenemende erkenning van ongeschreven behoorlijkebeginselen, die in de jaren dertig van de vorige eeuw langzaam op gang kwam maar na de oorlog pas werkelijk beslag kreeg, bracht daarin enige verandering.<sup>72</sup>

#### 4. 'GEMENGD RECHT'

Waar het privaatrecht zich vanaf de vroege twintigste eeuw sterk in 'relationele' zin hervormde, behield het bestuursrecht aldus een meer 'autonoom' karakter. In de theorie en

66 Scholten 1974 [1931], p. 30.

67 Wiarda 1939, p. 44.

68 Scheltema 1927, p. 265.

69 Van der Hoeven 1989, p. 166.

70 Zie o.a. Scholten 1974 [1931], p. 30, waar Scholten het 'publiekrecht in ruime zin' omschrijft als verzameling normen die het gemene recht 'terwille van de staatstaak aanvullen' of 'er van afwijken', waarbij die afwijking ook het resultaat kan zijn van 'rechtsvinding, waar de wet zwijgt.' Zie voor Wiarda als belangrijk pleitbezorger van de beginselen van behoorlijk bestuur o.a. Nicolaï 1990, p. 73 e.v.; Van der Hoeven 1989, p. 194 e.v.

71 Van der Hoeven 1989, p. 178.

72 Nicolaï 1990, p. 53 e.v.

de praktijk van het bestuursrecht, schrijft Van der Hoeven, was de neiging zich met formele wettelijke constructies tevreden te stellen ‘sterker en duurzamer dan in het privaatrecht het geval was’. Waar het privaatrecht zich niet langer uitsluitend oriënteerde op het abstracte recht en steeds meer oog ontwikkelde voor de omstandigheden van het concrete geval, werden bestuurlijke kwesties ‘vrijwel uitsluitend vanuit formele gezichtshoek behandeld’ en beoordeeld zonder acht te slaan op de ‘werkelijkheid die daarachter ligt’. De notie van het privaatrecht als het ‘gemene recht’ en het publiekrecht als uitzonderingsrecht speelde daarbij een belangrijke rol. Zij hield immers een visie op het bestuursrecht in stand volgens welke de overheid opereert binnen een ruimte waarbinnen het ‘gemene recht’ op artificiële wijze opzij is gezet en haar klassieke ‘autonome’ ‘hoogheidskarakter’ in stand blijft. Weliswaar is het publieke gezag in beginsel onderworpen aan het ‘gemene recht’, maar binnen de uitzonderingsruimte van het publiekrecht kan het zich desgewenst aan die rechtsonderworpenheid onttrekken. In deze constructie ziet Van der Hoeven een ‘rechtstreekse nazaat van oudere soevereiniteits- en gezagstheorieën’; niet anders dan de ‘monistische soevereiniteitstheorieën’ van weleer herleidt zij alle gezag immers ‘tot een punt, de democratisch gelegitimeerde staat’.<sup>73</sup> In het moderne recht zou dat uitgangspunt niet langer houdbaar zijn. Daarom pleit Van der Hoeven voor een ontwikkeling van een ‘monistische naar een pluralistische gezagsleer’ waarin de notie van het publiekrecht als ‘uitzonderingsrecht’ wordt afgebroken en de overheid zich derhalve ook binnen bestuursrechtelijke betrekkingen niet langer kan beroepen op haar voorheen zo vanzelfsprekende ‘hoogheidskarakter’. De tijd waarin ‘het publiek- en het privaatrecht als twee afgescheiden compartimenten konden worden beschouwd’ is naar Van der Hoeven stelt voorbij.<sup>74</sup>

Waarom zou zulks nu het geval zijn? In zijn kritiek op de gemene rechtsleer borduurt Van der Hoeven onder meer voort op een opstel van Van Poelje, die de vervaging van de grenslijn tussen publiek- en privaatrecht al in 1931 omschreef als een vorm van ‘osmose’. In de natuurwetenschappen verstaat men onder dat begrip ‘de wederkerige inwerking op elkaar van twee vloeistoffen, die met elkander een homogeen mengsel kunnen vormen, wanneer zij door een poreuse wand gescheiden zijn’. Een analoog verschijnsel bespeurt Van Poelje in het ‘moderne rechtsleven’. De scheiding tussen de sfeer van de ‘overheid en haar arbeid’ enerzijds en die van het ‘particuliere leven’ anderzijds bevat in de moderne, geïndustrialiseerde wereld volgens hem steeds meer openingen, waardoor het publiekrecht en het privaatrecht in een geleidelijk proces van samenvloeiing zouden zijn beland.<sup>75</sup> Enerzijds vervult de overheid in het maatschappelijke leven een steeds prominenter rol; de organisaties die zij daartoe opricht zijn niet of nauwelijks nog te onderscheiden van gewone bedrijven.<sup>76</sup> Andersom wijst Van Poelje op grote ondernemingen als Philips,

73 Van der Hoeven 1989, p. 214-215; vgl. ook Van der Hoeven 1970, p. 206: ‘Een van de kenmerken van een monistische soevereiniteitsleer is, dat zij het overheidsgezag juridisch tot één uitgangspunt herleidt.’

74 Van der Hoeven 1970, p. 201.

75 Van Poelje 1931, p. 1-3.

76 Zie Van Poelje 1931, p. 18-19 voor het interessante voorbeeld van de gasfabrieken, die in de loop van de negentiende eeuw op tal van plaatsen werden opgericht als gemeentebedrijven. Omdat zij in de eerste jaren alleen elektriciteit leverden aan openbare gebouwen, was hun publiekrechtelijke status aanvankelijk onomstreden. Naarmate zij evenwel steeds vaker particulieren tot klant hadden, ontstond langzaam de tendens deze organisaties meer op privaatrechtelijke leest te schoeien.

Stork en RDM, die in hun hoedanigheid van kleinere of zelfs betrekkelijk omvangrijke gemeenschappen niet anders dan overheden gebonden zouden zijn aan de ‘beginselen van het openbaar beheer’.<sup>77</sup>

Nu de staat zich steeds verder ‘vermaatschappelijkt’ en de maatschappij juist ‘verstatelijkt’ zou de strenge scheiding tussen publiek- en privaatrecht niet langer voldoen aan de ‘behoeften van het oogenblik’. Wie acht slaat op de sociale realiteit kan niet om de conclusie heen dat ‘de rechtspraktijk van [het] openbare leven aan de oude algemeene en principieele tegenstelling tusschen publiek- en privaatrecht steeds meer ontgroeit’.<sup>78</sup> Waar overheidsorganen voor de vervulling van hun taak in toenemende mate hun toevlucht zoeken tot privaatrechtelijke middelen, stellen privaatrechtelijke lichamen zich steeds vaker een publieke taak. De oude, rechte grenslijn heeft zich op die manier ontwikkeld tot een poreuze ‘zigzaglijn [...], die op de meest willekeurige en onverwachte wijze de stof [...] doorsnijdt’. Kortom: voor het moderne rechtsleven is de aloude scheiding tussen publiek- en privaatrecht niet meer bruikbaar. Daarom bepleit Van Poelje ervoor haar te vervangen door een ‘fijnere, meerdimensionale systematiek’ die in ieder geval inhoudt dat het formele onderscheid tussen overheden en particuliere organisaties sterk wordt gerelativeerd.<sup>79</sup> Van der Hoeven trekt soortgelijke conclusies. De figuur van een mathematisch te bepalen ‘algemeen belang’ als enig richtsnoer in het publiekrecht is wat hem betreft een opzichtige fictie die verhult dat veel publiekrechtelijke geschillen in wezen draaien om particuliere rechtsaanspraken, terwijl met privaatrechtelijke zaken vaak zwaarwegende publieke belangen zijn gemoeid. De klassieke dichotomie tussen publiek- en privaatrecht houdt met een dergelijke vervloeiing van de ‘magische lijn’ tussen publiek- en privaatrecht ten onrechte geen rekening.<sup>80</sup>

Ter vervanging ervan pleit Van der Hoeven voor een stelsel waarin verhoudingen die betrekking hebben op ‘de regeling van publieke belangen’ een ‘speciale invloed’ ondergaan waarin die publieke belangen worden verdisconteerd. Of een bepaalde verhouding in traditionele zin onder het publiek- of privaatrecht valt, zou geen rol moeten spelen. In een maatschappelijke context ‘waarin overheidshandelen en particulier handelen vérgaand zijn verweven’ is de ‘zin van het recht in twee grote gebieden, publiek recht en privaat recht’ in Van der Hoeven’s ogen ‘kwestieus geworden’.<sup>81</sup> Met de vervaging van de strakke grenzen tussen staat en maatschappij is volgens Van der Hoeven ‘de grondslag aan de zeer speciale juridische positie van de overheid’ komen te vervallen.<sup>82</sup> Ook de omstandigheid dat bestuursorganen hun gezag in beginsel eenzijdig uitoefenen zou dit niet anders maken. De juridische werkelijkheid waarin de overheid eenzijdig haar rechtsverhouding tot burgers vaststelt is volgens Van der Hoeven van beperkte waarde. In de ‘praktijk van het recht’ vervult de overheid haar taak immers dikwijls middels het sluiten van overeenkomsten, waarbij slechts weinigen het principiële standpunt volhouden

77 Van Poelje 1931, p. 62-63.

78 Van Poelje 1931, p. 128. Wie acht slaat op de werkelijkheid kan volgens Van Poelje niet om de conclusie heen dat ‘de rechtspraktijk van [het] openbare leven aan de oude algemeene en principieele tegenstelling tusschen publiek- en privaatrecht steeds meer ontgroeit’.

79 Van Poelje 1931, p. 130-131.

80 Van der Hoeven 1970, p. 205.

81 Van der Hoeven 1970, p. 218.

82 Van der Hoeven 1970, p. 213-214.

dat dergelijke overeenkomsten haar publiekrechtelijke bevoegdheden onaangetast laten. Daarnaast wijst Van der Hoeven op de verhouding waarin de overheid staat tot haar ambtenaren. Formeel ontstaat het ambtenaarschap als afgeleide van een eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandeling, maar in de praktijk van het recht heeft die formele werkelijkheid nauwelijks betekenis en heeft de aanstelling van een ambtenaar veel weg van een gewone tweezijdige overeenkomst.<sup>83</sup>

Analyses als die van Van der Hoeven en Van Poelje passen in een veel bredere tendens waarin het klassieke onderscheid tussen ‘het publieke’ en ‘het private’ steeds meer onder vuur is komen te liggen. Dat er tussen beide domeinen geen duidelijk hanteerbaar onderscheid bestaat, wordt door William Lucy bijvoorbeeld beschreven als een rechtswetenschappelijke platitude die nauwelijks nog toelichting behoeft.<sup>84</sup> Zeer uitgesproken standpunten worden onder meer ingenomen door ‘critical legal scholars’ als Duncan Kennedy, die het onderscheid tussen staat en maatschappij herleidt tot een ‘mechanism of denial’, een ‘splitting of the universe’ in twee afzonderlijke ‘imaginary entities’ die in werkelijkheid helemaal niet bestaan.<sup>85</sup> De klassieke notie van het abstracte algemeen belang als enig publiekrechtelijk richtsnoer verhuult in zijn ogen dat de uitoefening van staatsmacht, of het achterwege laten daarvan, hoe dan ook sommige burgers bevoordeelt boven anderen; de fictie van de ‘neutrale staat’ ziet hij daarbij als een liberale ideologische strategie waarmee die ongemakkelijke waarheid onder het tapijt wordt geschoven. Even onjuist is volgens Kennedy het beeld van het privaatrecht als een ordening van vrije en onderling gelijke rechtssubjecten, dat ten onrechte zou miskennen dat private verhoudingen in werkelijkheid zelden gelijk zijn. Alleen een rechtssysteem waarin de ‘valse dichotomie’ tussen publiek- en privaatrecht is opgeheven zou aan de complexe sociale realiteit van het recht voldoende recht doen.<sup>86</sup> Kritische analyses als die van Kennedy worden lang niet door iedereen tot in hun uiterste consequenties gedeeld. Toch heeft de noodzaak van vergaande relativering van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht als misleidend begrip dat niet of slechts tot op zeer beperkte hoogte samenvalt met de maatschappelijke realiteit zich ontwikkeld tot een juridische ‘commonplace’, een ‘axiom of contemporary public law scholarship’ dat ons rechtsdenken diepgaand heeft beïnvloed.<sup>87</sup>

Bijzonder interessant in dit verband is het werk van Dawn Oliver, die bepleit dat het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht in het moderne recht beter kan worden afgeschaft. In een sociale werkelijkheid die wordt beheerst door privatisering en ‘new public management’ vervult het onderscheid volgens haar geen functie meer en zou het beter zijn de aloude categorisering van juridische verhoudingen als publiek- of privaatrechtelijk geheel los te laten. Ten grondslag aan zowel publiek- als privaatrecht ligt voor Oliver de begrenzing van machtsuitoefening; of de actor daarbij gecategoriseerd moet worden als een publiek- of privaatrechtelijk lichaam doet wat Oliver betreft niet ter zake.<sup>88</sup> Van een

83 Van der Hoeven 1970, p. 208-209.

84 Lucy 2013, p. 56-57.

85 Kennedy 1979, p. 217.

86 Zie verder o.a. Amaya-Castro 2010, p. 55 e.v.

87 Mac Amhlaigh 2013, p. 103-104.

88 Oliver 1999, p. 31 e.v.

fundamentele gespletenheid tussen juridische domeinen als ‘staat’ en ‘maatschappij’ zou geen sprake zijn; in plaats daarvan benadert Oliver het recht als een continuüm dat in zijn geheel gericht is op de bescherming van fundamentele waarden als ‘autonomy’, ‘dignity’ en ‘respect’.<sup>89</sup> Enerzijds biedt een dergelijk model volop ruimte aan de onverkorte werking van publiekrechtelijke normen binnen private verhoudingen; te denken valt daarbij met name aan grondrechten. Anderzijds maakt de visie van Oliver en anderen de weg vrij voor de werking van privaatrechtelijke normen binnen publiekrechtelijke verhoudingen, waarbij onder meer kan worden gedacht aan ongeschreven plichten die voortvloeien uit intersubjectieve beginselen als de vertrouwens- en zorgvuldigheidsnorm.<sup>90</sup> Een dergelijke ‘holistische’ opvatting is in de Nederlandse bestuursrechtelijke literatuur onder meer herkenbaar in een standpunt als dat van Wiggers-Rust, die in een recente bijdrage signaleert dat de scheidslijn tussen bestuurs- en privaatrecht zich steeds moeilijker laat trekken. Verder zoeken naar de ‘magische lijn’ is volgens Wiggers-Rust ‘roeien tegen de stroom in’; in plaats daarvan zou het beter zijn voortaan uit te gaan van een ‘eenheid van recht’ en juist op zoek te gaan naar de ‘verbinding van beide rechtsgebieden’.<sup>91</sup>

De relativisering van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht in reactie op de vervloeiing van de grenslijn tussen ‘staat’ en ‘maatschappij’ komt in de Nederlandse bestuursrechtelijke literatuur onder meer tot uitdrukking in wat wel wordt aangeduid als de ‘gemengde rechtsleer’.<sup>92</sup> Kort gezegd houdt die leer in dat het formele publiek- of privaatrechtelijke stempel van een bepaalde rechtsverhouding voor de juridische normering van die verhouding geen rol zou moeten spelen. ‘Het recht’, schrijft Lubach, ‘regelt maatschappelijke verhoudingen’. Niet de categorisering van die verhoudingen, maar het ‘maatschappelijk substraat’ ervan zou voor de toepassing van rechtsregels bepalend moeten zijn.<sup>93</sup> In het Nederlandse recht beleefde die gedachte onder andere een doorbraak in *Amsterdam/Ikon* uit 1987, waarin de Hoge Raad bepaalde dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in beginsel direct van toepassing zijn op door de overheid verrichte rechtshandelingen die formeel tot het privaatrecht behoren.<sup>94</sup> Daarnaast komt de gedachte van ‘eenheid van recht’ tot uitdrukking in ‘schakelbepalingen’ als de artikelen 3:14 BW en 3:1 lid 2 Awb, die ‘open verbindingen’ tussen privaatrecht en bestuursrecht creëren. Vaak wordt de ‘gemengde rechtsleer’ in de literatuur omschreven als de ‘bijgestelde’ voortzetting van de gemene rechtsleer.<sup>95</sup> De ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in rechtspraak en wetenschap vestigde in toenemende mate de aandacht op het bestaan van ongeschreven bestuursrecht, zodat het beeld van bestuursrecht als ‘uitzonderingsrecht’ sterk aan betekenis inboette en het bestuursrecht zich ten opzichte van het privaatrecht steeds verder ‘emancipeerde’.<sup>96</sup> Waar de overheid onder de gemene rechtsleer in beginsel reeds onder het regime van het privaatrecht als het ‘gemene recht’ was gebracht, werd die fundamentele rechtsonderworpenheid onder de gemengde rechtsleer geleidelijk uitgebreid

89 Oliver 1999, p. 55 e.v.

90 Vgl. o.a. Van Gerven 1998.

91 Wiggers-Rust 2014, p. 1383. Zie voor dit standpunt verder o.a. Bloembergen 1977.

92 Zie o.a. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 516-518 met verdere verwijzingen.

93 Lubach 1982, p. 101.

94 HR 27 maart 1987, *AB* 1987/273, m.nt. F.H. van der Burg.

95 Zie o.a. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 516; Ackermans-Wijn 1989, p. 46.

96 Lubach 1986, p. 13; vgl. Donner 1987, p. 61 e.v.

met ongeschreven regels van publiekrecht. Van een significante breuk met het verleden zou geen sprake zijn. Van Ommeren, bijvoorbeeld, beschouwt de leer van het ‘gemengde recht’ slechts als een uitbreiding van de ‘gemene’ leer die deze uitbreidt zonder haar teniet te doen.<sup>97</sup>

Die opvatting miskent evenwel dat de idee van ‘open verbindingen’ en ‘vermenging’ van publiek- en privaatrecht slechts kan berusten op een visie die fundamenteel van de gemene rechtsleer verschilt. Wie de gemengde leer alleen als een uitbreiding ziet, beperkt zijn blik tot de directe doorwerking van publiekrechtelijke beginselen in het privaatrecht en sluit de ogen voor ‘vermenging’ in tegenovergestelde richting. De gemene rechtsleer gaat weliswaar uit van de rechtsonderworpenheid van het bestuur, maar reserveert voor het publiekrecht tegelijkertijd een uitzonderingsruimte waarbinnen de ‘autonome’, strikt verticale en op het abstracte algemeen belang gerichte ‘monistische gezagsleer’ onaangetast blijft. Van Gierkes idee van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht als een ‘grundsätzlicher Gegensatz’, waarbij het verticaal georiënteerde publiekrecht de ‘Geist des heidnischen Alterthums’ vertegenwoordigt die borg staat voor de bevrijding van afzonderlijke individuen uit onontkoombare interpersoonlijke afhankelijkheidsverhoudingen, blijft op die manier niets over. In plaats daarvan prevaleert het ‘relationele’ beeld van overheid en burger als elkaars ‘Rechtsgenossen’, die beide met hun ‘ganzes Können und Dürfen’ gebonden zijn aan voorpositieve juridische beginselen; van kunstmatige ‘opzij-de-schuiving’ van het recht kan in die opvatting nooit sprake zijn. Dat betekent niet alleen dat voorheen tot het ‘publiekrecht’ gerekende beginselen doorwerken in privaatrechtelijke verhoudingen, maar ook dat ‘privaatrechtelijke’ beginselen doorwerken in het publiekrecht. Van Gerven, bijvoorbeeld, ziet geen reden waarom in het privaatrecht ontwikkelde beginselen van ‘goede trouw’ en intersubjectieve ‘zorgvuldigheid’ niet even goed toepasbaar zouden kunnen zijn binnen publiekrechtelijke verhoudingen. ‘Multiple mutual permeation’ van publiek- en privaatrecht, schrijft hij, ‘is a good thing; let us, where possible, promote it’.<sup>98</sup> Het privaatrecht vereist dat rechtssubjecten wederzijds rekening houden met elkaars gerechtvaardigde verwachtingen; naar Van Gerven meent is er geen valide grond waarom dat in het publiekrecht anders zou moeten zijn.<sup>99</sup>

## 5. DE RECHTSORDE ALS RECHTSBETREKKINGSORDE

Waar de gemene rechtsleer gedeeltelijk vasthoudt aan de ‘autonome’ idee van de staat als een bijzondere, hoog boven gewone rechtssubjecten verheven gezagsstructuur schept de gemengde rechtsleer juist ruimte voor een ‘relationeel’ publiekrecht waarin het ‘kunstwerk’ van de staat als strikt verticale, louter op het abstracte algemeen belang georiënteerde gezagsstructuur geheel is afgebroken. De betrekkingenleer van Achterberg berust op een soortgelijke relativisering van de staat als bijzondere gezagsstructuur. In zijn belangwekkende studie over de ‘Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung’ grijpt

<sup>97</sup> Van Ommeren 2012, p. 562 e.v.

<sup>98</sup> Van Gerven 1998, p. 23.

<sup>99</sup> Van Gerven 1998, p. 12.



Achterberg onder meer terug op de ‘Beziehungssoziologie’ van Georg Simmel, die uitgaat van de ‘relationele’ gedachte dat de mens ‘in seinem ganzen Wesen [...] dadurch bestimmt [ist], dass er in Wechselwirkung mit andern Menschen lebt’. In weerwil van de ‘autonome’ traditie zoekt Simmel de bron van de staat en het recht niet in afzonderlijke individuen, maar juist in hun onderlinge ‘Wechselwirken und [...] Zusammenwirken’ dat zou hebben geresulteerd in de ‘Verkörperung der sozialen Energieen in Gebilden, die jenseits des Individuums stehen und sich entwickeln’.<sup>100</sup> In zijn natuurlijke drang tot samenleven wordt de mens geleid door ‘erotische, religiöse oder bloß gesellige Triebe’, die maken dat mensen zich organiseren in families, kerkelijke verbanden en staten. Een fundamenteel verschil tussen deze domeinen is er in Simmels ogen niet. In alle gevallen treedt men in ‘Wechselwirkung’ met elkaar, waarbij men zich organiseert in een bepaald sociaal verband als een ‘Umkreis von Individuen, die durch derartig sich auswirkende Wechselbeziehungen aneinander gebunden sind und die man deshalb als eine Einheit bezeichnet’.<sup>101</sup> In de moderne theoretische sociologie zijn dergelijk ideeën verder ontwikkeld door denkers als Luhmann, die in de staat een sociaal ‘systeem’ ziet dat weliswaar een overkoepelende rol vervult maar in wezen niet verschilt van andere sociale systemen.<sup>102</sup>

Evenzo beschrijft Achterberg de staat als een ‘besonders bedeutsame Organisation’, maar toch ook als een organisatie als alle andere, die zich ten opzichte van andere rechtssubjecten nooit op een natuurlijke of geconstrueerde ‘Mehrwert’ kan beroepen. Bij de analyse van juridische verhoudingen is de *hoedanigheid* van de betrokken partijen daarom niet in de eerste plaats relevant. Een indeling van het recht in publiekrechtelijke verhoudingen enerzijds en privaatrechtelijke verhoudingen anderzijds ligt daarmee niet meteen voor de hand. In plaats daarvan pleit Achterberg voor een rechtsopvatting waarin ook namens de staat verrichte rechtshandelingen pas betekenis krijgen binnen de *relaties* waarin die handelingen worden verricht. In geen geval dient het recht geheel te worden geabstraheerd van de sociale werkelijkheid waarop het betrekking heeft. ‘Jede rechtliche Beziehung’, schrijft Achterberg, ‘stellt zugleich eine soziale dar’. Sociale verhoudingen zijn niet altijd juridisch van aard, maar dat het omgekeerde wel geldt ‘ergibt sich daraus, daß der soziale Bereich den rechtlichen umgibt’. Zowel de publiek- als de privaatrechtelijke orde is in essentie een ‘Rechtsverhältnisordnung’, waarbij de rechtsverhouding is gedefinieerd als een ‘mit Mitteln des Rechts geregeltes Sozialverhältnis’.<sup>103</sup> Zinvoller dan het onderscheid tussen publiek- en privaatrechtelijke verhoudingen acht Achterberg een indeling in ‘bipolaire’ en ‘multipolaire’ rechtsbetrekkingen. Een *bipolaire* betrekking behelst een rechtsverhouding tussen twee partijen. Een *multipolaire* rechtsbetrekking daarentegen bestaat ‘zwischen einem Subjekt auf der einen sowie einer unbestimmten Zahl von Subjekten auf der anderen Seite’. Verhoudingen waarbij in feite slechts twee subjecten zijn betrokken zouden in het publiekrecht even goed voorkomen als in het privaatrecht, terwijl ‘hochkomplexe Sozialstrukturen’ waarbij meerdere subjecten zijn betrokken behalve in het publiekrecht ook in het privaatrecht veelvuldig voorkomen.<sup>104</sup>

100 Simmel 1908, p. 3.

101 Simmel 1908, p. 14.

102 Luhmann 1998, p. 16 e.v.

103 Achterberg 1982, p. 32.

104 Achterberg 1982, p. 35-36.



Hetzelfde geldt volgens Achterberg voor ‘*asymmetrische*’, ‘*symmetrische*’ en ‘*disymmetrische*’ rechtsbetrekkingen. In juridische zin is een verhouding ‘asymmetrisch’ wanneer op de ene partij een plicht rust die niet correspondeert met een recht van de wederpartij. Asymmetrische betrekkingen komen vooral in het publiekrecht voor; als voorbeeld geeft Achterberg de overheidsplicht tot deugdelijk onderhoud van de openbare weg. Asymmetrische betrekkingen zijn evenwel aan het privaatrecht niet geheel vreemd; te denken valt bijvoorbeeld aan de zorgplicht van ouders voor hun kinderen. Een rechtsbetrekking is ‘symmetrisch’ wanneer het ene rechtssubject jegens het andere over een recht of bevoegdheid beschikt en op het andere rechtssubject de plicht rust dat recht of die bevoegdheid te respecteren. Symmetrische betrekkingen komen in het publiekrecht even goed voor als in het privaatrecht; Achterberg denkt daarbij bijvoorbeeld aan belastende besluiten van bestuursorganen en aan eenzijdige privaatrechtelijke rechtshandelingen waarvan de gevolgen door het ontvangende rechtssubject in beginsel moeten worden geduld. ‘Disymmetrische’ rechtsbetrekkingen, ten slotte, bestaan wanneer het ene subject over rechten en plichten beschikt die een spiegelbeeld vinden in de plichten en rechten van het andere subject. Te denken valt daarbij aan de privaatrechtelijke figuur van de overeenkomst, maar ook aan wederzijds bindende rechtshandelingen in het publiekrecht.<sup>105</sup> Met andere woorden: in de moderne rechtsorde is het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht praktisch nog slechts van belang ter beantwoording van de vraag tot welke rechter een rechtzoekende zich dient te wenden. In theoretisch opzicht zou het moeten worden afgeschreven en worden vervangen door een systematiek waarin de gehele rechtsorde wordt beschreven als een stelsel van nader te classificeren juridische verhoudingen.<sup>106</sup>

## 6. RELATIONEEL PUBLIEKRECHT

Achterbergs betrekkingenleer kreeg onder andere navolging van Foqué, die in een rede uit 1992 ten strijde trekt tegen de klassieke opvatting waarin publiekrecht ‘slechts het bevelskarakter van de overheid’ tot inhoud heeft. Een dergelijke ‘autonome’, van de werkelijkheid van het recht afgewende opvatting van het publiekrecht vernietigt in zijn ogen ‘het gemeenschapskarakter van het sociale’.<sup>107</sup> In zijn abstracte hang naar algemene rechten en bevoegdheden is het publiekrecht sterk ‘van de samenleving vervreemd’ geraakt. Waar het moderne, ‘vermaatschappelijkte’ privaatrecht de idee van absolute rechtssubjectiviteit goeddeels heeft ingewisseld voor een fundamentele intersubjectieve betrokkenheid, zou het individu in het publiekrecht nog altijd worden overgelaten aan een ‘vermeende eigen autarkie’ die inhoudt dat het rechtssubject alleen juridische plichten heeft voor zover die hem door een voldoende specifieke wetsbepaling worden opgelegd. Volgens Foqué wordt het hoog tijd dat dergelijk star legaliteitsdenken ook in het publiekrecht wordt verlaten. Daarom pleit hij voor een stelsel dat niet langer primair geënt is op de autonomie van het individu, maar op het besef dat individuen zich alleen ‘in

<sup>105</sup> Achterberg 1982, p. 39-40.

<sup>106</sup> Achterberg 1988, p. 3.

<sup>107</sup> Foqué 1992, p. 28.

*samenspel* met anderen' volwaardig kunnen ontwikkelen. Daarbij volgt hij Hannah Arendt in de voorstelling van de publieke ruimte als een intersubjectieve 'space of appearance' die het individu niet opvoert als de eenzame 'auctor' van zijn bestaan, maar als 'actor' in een gemeenschappelijke ruimte met medesubjecten' tot wie hij onlosmakelijk in betrekking staat.<sup>108</sup>

Ook de overheid zelf is naar Foqué's opvatting een 'actor' in dat 'samenspel'. Het beeld van een overheid die 'als een ongenaakbaar soeverein boven de samenleving troont' en zich daarbij slechts richt op een abstract algemeen belang is door de werkelijkheid van het recht ingehaald en heeft daarom zijn overtuigingskracht verloren. Met de 'verstatelijking van de maatschappij' en de 'vermaatschappelijking van de staat' die voor de laat- en post-industriële samenleving kenmerkend is, acht hij de opvatting van de staat als een kunstmatige verticale orde enerzijds en de maatschappij als woest domein van een onderlinge belangenstrijd anderzijds niet langer adequaat. Nu van een duidelijke grenslijn tussen publiek- en privaatrecht niet langer sprake is, dient de overheid voortaan niet langer meer te gelden als absolute gezagsdrager, maar als 'partner' te midden van een 'pluraliteit van burgers en belangen'. De 'specifieke taken en verantwoordelijkheden' die haar zijn toevertrouwd nemen voor Foqué niet weg dat de overheid niet wezenlijk verschilt van privaatrechtelijke actoren. Daarbij typeert hij de overheid als partij die deelneemt aan 'complexe netwerken van rechtsbetrekkingen' en daarbij niet anders dan private partijen 'zijn kansen berekent en zijn positie inschat'; dat bestuursorganen slechts het algemeen belang dienen en derhalve geen eigen belangen hebben is volgens Foqué een juridische fictie die in de sociale werkelijkheid van het recht al lang ten onder is gegaan.<sup>109</sup>

Op die manier pleit Foqué evenals Achterberg voor een meer 'relationele', beter op de sociale realiteit toegesneden opvatting van het publiekrecht die voor het positieve recht niet zonder gevolgen blijft. Niet anders dan in het privaatrecht dienen publiekrechtelijke normen nooit *in abstracto* te gelden, maar steeds te worden gezien in het licht van de concrete verhoudingen waarbinnen zij worden aangewend. Wat overheidsbevoegdheden en publiekrechtelijke aanspraken van particulieren precies inhouden, kan slecht worden bepaald aan de hand van een 'situatie-analyse van het geleverde samenspel'. De rechtsbetrekking tussen overheid en burger is daarmee nadrukkelijk een *wederkerige*; in Foqué's model geldt de burger immers niet als een 'object van gouvernementeel handelen', maar als een volwaardige 'pool' in een intersubjectieve betrekking die ook zelf een actieve bijdrage levert. In zijn verdere ontwikkeling zou het publiekrecht daarom een voorbeeld moeten nemen aan de 'evolutie' van het moderne privaatrecht, dat althans conceptueel uitgaat van intersubjectieve normen van zorgvuldigheid, goede trouw en redelijkheid en billijkheid als funderende beginselen die over en weer bepaalde juridische plichten met zich brengen. Over de hele linie zouden moderne maatschappelijke verhoudingen vragen om een groter gewicht van algemene beginselen van behoorlijkheid ter vulling van de juridische ruimte die door de positivisten bewust leeg werd gelaten.

Voor het publiekrecht pleit Foqué daarom voor een ruimere toepassing van behoorlijkheidsbeginselen, niet slechts begrepen als objectieve normen voor de uitoefening van

108 Foqué 1992, p. 31.

109 Foqué 1992, p. 36-37.

overheidsgezag, maar als intersubjectieve beginselen die de gehele betrekking tussen overheid en burger beheersen en daarom ook voor de burger niet zonder consequenties blijven.<sup>110</sup> Van een zedelijkheidsbegrip dat vanuit een bepaald centrum inhoudt krijgt, zoals in de organische opvattingen van Hegel en Thorbecke, is daarbij geen sprake; in plaats daarvan gaat Foqué uit van een juridische ruimte die voor haar zedelijke vulling afhankelijk is van een open en principieel onvoltooid debat.<sup>111</sup> ‘Verbondenheid [...] met anderen en met de sociale context als zodanig’ behoort tot de kern van het ‘feitelijke handelen en functioneren’ van de mens; behalve in het privaatrecht dient die elementaire notie van intersubjectiviteit ook in het publiekrecht gestalte te krijgen.<sup>112</sup> Waar het moderne recht erkent dat het individu niet soeverein is, dient het ook onder ogen te zien dat de staat dat evenmin is. Waar de subjectieve rechten van individuen in het privaatrecht pas werkelijk gestalte krijgen binnen een bepaalde rechtsverhouding, kan de reikwijdte van een publiekrechtelijke bevoegdheid slechts worden bepaald in de context van een specifieke relatie tussen staat en burger.<sup>113</sup> Het oude model van publiekrecht, leggen Foqué en ’t Hart uit, was gericht op ‘restloze objectivering’ van de onderdanen ten opzichte van de onkwetsbare en soevereine subjectiviteit van de macht, of die nu gelegen is bij een despoot of de ‘algemene wil’ van de burgers.<sup>114</sup> In hun monumentale gezamenlijke studie over de grondslagen van het strafrecht pleiten Foqué en ’t Hart daarom voor de vervanging van een dergelijk ‘subject-objectmodel’ door een *relationeel* begrip van het publiekrecht als ‘voorwaarde voor een [...] aanvaardbare maatschappelijke orde’.<sup>115</sup>

## 7. WEDERKERIG BESTUURSRECHT

Eenzelfde intersubjectieve visie op het recht spreekt uit het werk van Hirsch Ballin, die het principiële onderscheid tussen publiek- en privaatrecht in navolging van Achterberg sterk relativeert. Met de ‘vermaatschappelijking van het privaatrecht’ vanaf de vroege twintigste eeuw heeft het privaatrecht volgens hem een verbreding ondergaan die maakt dat het zich veel minder dan voorheen beperkt tot de wisselwerking tussen afzonderlijke individuen. In plaats daarvan is het een ‘multifunctioneel rechtsgebied’ geworden en richt het zich niet meer uitsluitend op de waarborging van ieders gelijke vrijheid, maar tevens op de verwezenlijking van allerlei bovenindividuele maatschappelijke doelen. Het moderne privaatrecht is niet alleen het recht waarvan organisaties in het ‘maatschappelijk middenveld’ zich bedienen, maar vervult bovendien een belangrijke rol in de regulering van overheidsoptreden. Al naar gelang zijn functie neemt het ‘multifunctionele’ privaatrecht een andere kleur aan, waarbij het aan overheidsorganen en andere organisaties met een belangrijke maatschappelijke functie andere eisen stelt dan aan individuele burgers. Zich

110 Foqué 1992, p. 36-39.

111 Foqué 1992, p. 29-31.

112 Foqué & ’t Hart 1990, p. 210. Vgl. o.a. Duguit 1922, p. 138: ‘Un homme isolé, sans relations avec ses semblables, n’a pas, ne peut pas avoir de droits [...]. L’homme ne peut pas avoir de droits que lorsqu’il entre en relation avec d’autres hommes, c’est-à-dire lorsqu’il vit en société.’

113 Foqué & ’t Hart 1990, p. 209. Zie ook ’t Hart 1995, p. 32-33.

114 Foqué & ’t Hart 1990, p. 119.

115 Foqué & ’t Hart 1990, p. 122. Zie voor vergelijkbare exploraties van een ‘relationeel strafrecht’ o.a. Schalken 1987, Cleiren 1992, Crijns 2010 en in meer kritische zin De Jong 2013.

beroepend op de theorie van Van der Hoeven betoogt Hirsch Ballin dat de betrokkenheid van publieke belangen in de juridische normering steeds dient te worden verdisconteerd; of het daarbij gaat om handelingen die verricht zijn door overheden of privaatrechtelijke actoren dient in beginsel geen rol te spelen. Het moderne privaatrecht maakt het formele onderscheid tussen publiek- en privaatrecht daarmee ‘vergaand obsoleet’; niet anders dan Achterberg ziet Hirsch Ballin voor dat onderscheid hooguit nog een functie weggelegd als criterium voor rechterlijke competentie-afbakening.<sup>116</sup>

Daarnaast klinkt Achterbergs invloed door in de nadruk die Hirsch Ballin legt op de onoverkomelijke gesitueerdheid van abstracte juridische figuren binnen werkelijk bestaande sociale verhoudingen. Met name verzet Hirsch Ballin zich sterk tegen het concept van een bestuurlijk ‘freies Ermessen’. Het gebruik van overheidsbevoegdheden dient volgens Hirsch Ballin nooit *in abstracto* te worden gezien, maar steeds te worden gesitueerd binnen de context van een fundamentele, reeds op grond van ongeschreven rechtsregels bestaande juridische betrekking. Bestuurlijke bevoegdheden bieden in die visie niet de mogelijkheid de rechtsbetrekking geheel te bepalen, maar dienen slechts als middel om aan een reeds bestaande rechtsverhouding nader vorm te geven. Van een bestuursrechtelijk uitzonderingsgebied, waarbinnen bestuursbevoegdheden aan rechtsonderworpenheid zijn onttrokken, is daarbij geen sprake; in plaats daarvan pleit Hirsch Ballin voor een rechtsopvatting volgens welke ongeschreven beginselen de relatie tussen overheid en burger geheel juridiseren.<sup>117</sup> Daarbij stelt hij onder andere dat de aandacht in het bestuursrecht niet langer uitsluitend zou mogen uitgaan naar de ‘omgrenzing van de bevoegdheid van de overheid, burgers te binden’, maar op de *gehele* bestuursrechtelijke rechtsbetrekking *waarbinnen* dergelijke besluiten worden genomen. De rechtsbetrekking kan volgens Hirsch Ballin niet worden gereduceerd tot de publiekrechtelijke rechtshandeling alleen; ook los van bepaalde te nemen beslissingen legt het recht ‘verplichtingen op [...] aan het bestuursorgaan inzake de procedure en de belangenafweging’ die nodig zijn om te komen tot een bepaalde beslissing.<sup>118</sup>

Van een ‘rechtvacuüm’, waarbinnen het bestuur binnen vooraf bepaalde grenzen van rechtmatigheid kan doen wat het goeddunkt, kan volgens Hirsch Ballin dus nooit sprake zijn. Evenzo blijft de idee van een fundamentele, door ongeschreven beginselen beheers- te bestuursrechtelijke betrekking ook voor de burger niet zonder gevolgen. Niet anders dan in het moderne privaatrecht zouden rechtssubjecten ook binnen bestuursrechtelijke verhoudingen aan elk uiteinde van de rechtsbetrekking rekening dienen te houden met elkaars gerechtvaardigde verwachtingen. Ten eerste houdt dat in dat het bestuursorgaan van meet af aan bepaalde ongeschreven verplichtingen heeft ‘betreffende procedure, vorm en inhoud van de besluitvorming’. Ten tweede rusten ook op de burger bepaalde ongeschreven plichten. Meestal worden de algemene behoorlijkebeginselen vooral gezien als plichten aan de kant van de overheid; tot op zekere hoogte stellen zij volgens Hirsch Ballin echter even goed bepaalde eisen aan behoorlijk gedrag van burgers jegens bestuursorganen. In die zin valt de rechtsverhouding tussen burger en bestuur te beschouwen als

116 Hirsch Ballin 1991c, p. 251-253.

117 Hirsch Ballin 1983, p. 58-59

118 Hirsch Ballin 1989, p. 2.

een ‘wederkerige’, wat geenszins impliceert dat zij ook als een ‘horizontale’ dient te worden voorgesteld. Dat het betrekkingdenken op gespannen voet staat met het eenzijdige karakter van overheidsbeschikkingen berust volgens Hirsch Ballin op een misverstand. Anders dan voorheen wel werd gedacht constitueert de beschikking de rechtsverhouding niet, maar valt zij slechts te beschouwen als een ‘rechtens relevante gebeurtenis’ *binnen* de rechtsband tussen overheid en burger die immers reeds bestaat op grond van ongeschreven beginselen.<sup>119</sup> Aldus stelt de betrekkingleer de ‘dynamiek van het recht’ centraal, waarbij de aandacht kan verschuiven naar de ‘zich ontwikkelende rechtsbetrekking’ tussen bestuur en burger waaraan beide partijen in hun onderlinge verhouding nader vormgeven.<sup>120</sup>

De memorie van toelichting bij de eerste tranche van de Awb ademt een soortgelijke geest. Zo benadrukt de wetgever dat de ontwikkeling van ongeschreven behoorlijkebeginselen betekent dat bestuur en burger ook zonder concrete overheidsbeslissing reeds tot elkaar in een rechtsverhouding staan. Niet langer zou de verdeling van rechten en plichten tussen burger en overheid daarom gereduceerd moeten worden tot de statische inhoud van een bepaalde publiekrechtelijke rechtshandeling. Voorheen ‘kon het bestuur zich als boven de burger gestelde overheid presenteren’; wanneer het bestuursoptreden ‘de toets aan de wet’ kon doorstaan, diende de burger het in beginsel te aanvaarden.<sup>121</sup> In het nieuwe model is van een dergelijke eenzijdige verticaliteit in de verhouding tussen burger en overheid geen sprake meer. Naar moderne opvatting wordt het bestuur geacht ‘rekening [te] houden met de belangen van de bij de besluitvorming betrokken burger zoals die burger deze zelf ziet’, zodat voortaan een andere, minder op eenzijdige gezagsuitoefening en meer op onderlinge verhoudingen geënte benadering van de burger is vereist. Daar komt bij dat door private partijen aangeleverde gegevens en soms ook hun deskundigheid voor een goede uitvoering van de bestuurstaak in het moderne recht vaak onontbeerlijk zijn, zodat hun actieve inbreng bij de totstandkoming van besluiten vaak niet kan worden gemist. Het klassieke, strikt ‘verticaal’ ingerichte model doet aan die veranderende inzichten te weinig recht. Op zoek naar een nieuw evenwicht beschouwt de wetgever de betrekking tussen overheid en burger voortaan als een ‘rechtsbetrekking waarin beide partijen in een wederkerige relatie staan, zodat zij rekening moeten houden met de positie en de belangen van de andere partij’.<sup>122</sup>

Anders dan soms wordt verondersteld heeft de aanvaarding van een op ongeschreven beginselen berustende rechtsband tussen overheid en burger met ‘horizontalisering’ of zelfs ‘Gleichschaltung’ niets te maken.<sup>123</sup> Bestuur en burger zijn volgens de wetgever ‘naar hun aard verschillende partijen’ en dat dient binnen de rechtsbetrekking ook tot uitdrukking te komen. Aan de fundamentele ‘wederkerigheid’ van hun onderlinge juridische betrekking doet dat evenwel niet af. Enerzijds verplicht die betrekking de overheid rekening te houden met de belangen en zienswijzen van burgers voor zover dat ‘verenigbaar is met

119 Hirsch Ballin 1989, p. 1-4.

120 Vgl. o.a. Van Male 1993, p. 16-18, waar hij het ‘permanente, door dynamiek bepaalde’ karakter van rechtsverhoudingen beschrijft als een nuttig kader waarbinnen bestuurlijk handelen kan worden genormeerd. Zie verder o.a. ook Kobussen 1991, p. 88-92; De Jong 1988, p. 66; Van Male 1993, p. 20.

121 *Kamerstukken II*, 1988/89, 21221, 3, p. 11.

122 *Kamerstukken II*, 1988/89, 21221, 3, p. 12.

123 Vgl. o.a. Allewijn 2011, p. 35 e.v., met verdere verwijzingen.

de taak van het bestuur om het algemeen belang te behartigen'; in geen geval beschikt zij nog langer over een 'vrij goedvinden' als een rechtsvrije ruimte. Anderzijds betekent de rechtsbetrekking ook dat de burger jegens het bestuur niet langer over een discretionaire ruimte beschikt. Binnen de door ongeschreven beginselen beheerste rechtsbetrekking kan hij zich immers niet langer verschuilen achter een formeel legaliteitsbeginsel dat hem geheel vrijwaart van juridische verplichtingen die hem door een voorafgaande wettelijke bepaling niet op voldoende specifieke wijze zijn opgelegd. Voortaan, zo schrijft de wetgever, moet hij zich bewust zijn 'met het bestuur in een rechtsbetrekking te staan waarin van een zekere wederkerigheid sprake is'. Die wederkerigheid vereist niet dat hij zich spontaan het algemeen belang aantrekt en stelt aan de burger dus heel andere eisen dan aan het bestuur. Van een buitenwettelijk publiekrechtelijk domein als een burgerlijk 'juridisch vacuüm' is evenwel niet langer sprake.<sup>124</sup>

## 8. EENZIJDIG EN WEDERKERIG?

In meer theoretische zin bleef de notie van de 'wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking' in de memorie van toelichting onuitgewerkt. Naar eigen zeggen hoedde de wetgever zich voor 'fundamentele of dogmatische beschouwingen' om te voorkomen dat die de verdere ontwikkeling van het bestuursrecht 'nodeloos in de weg' zouden komen te staan.<sup>125</sup> Daarom is het niet verbazingwekkend dat het door de wetgever voorziene 'wederkerige bestuursrecht' veel vragen opwierp en al snel stuitte op een storm van kritiek. Daarbij werd vaak de conclusie getrokken dat de wederkerige rechtsbetrekking een civielrechtelijk begrip is dat in het publiekrecht niet thuishoort. Met name de 'Maastrichtenaars' rondom Tak en Teunissen uitten zich in deze zin. Zo lieten zij de woedende bundel *Eenzijdig en wederkerig?* verschijnen waarin verschillende opstellen zijn verzameld die in wezen elk hetzelfde punt maken. Beurskens, bijvoorbeeld, beschrijft de wederkerige betrekking als een 'koekoeksei in het nest van publiekrecht' dat civielrechtelijke noties introduceert die daar niet op hun plaats zijn. Met name verzet hij zich tegen de sfeer van 'voor wat hoort wat' ('do ut des') die door de aanvaarding van het wederkerigheidsbegrip tussen burger en overheid in het leven zou worden geroepen. Daarnaast ziet hij in het bestuursrechtelijke wederkerigheidsbegrip een misplaatste vertaling van intersubjectieve privaatrechtelijke noties als 'redelijkheid en billijkheid' en 'goede trouw', die het legaliteitsbeginsel uithollen en daarom aan het publiekrecht wezensvreemd zouden zijn.<sup>126</sup>

De bezwaren van de Maastrichtenaars berusten onder andere op de klassieke gedachte dat de overheid *principieel* van gewone rechtssubjecten verschilt. Anders dan in het privaatrecht is daarbij niet alleen doorgaans sprake van een *feitelijk*, maar ook van een fundamenteel *juridisch* verschil. De overheid verkeert immers in een unieke positie doordat zij de rechtspositie van de burger eenzijdig kan vaststellen en de burger zich haast onmogelijk aan haar gezag kan onttrekken. De staat beschikt immers over de zwaardmacht

<sup>124</sup> *Kamerstukken II*, 1988/89, 21221, 3, p. 12-13.

<sup>125</sup> *Kamerstukken II*, 1988/89, 21221, 3, p. 11.

<sup>126</sup> Beurskens 1995, p. 23 e.v.



en is een dwanggemeenschap waar het gewone rechtssubject in beginsel niet uit kan treden. In formeel opzicht staat het individu jegens de overheid daarom in een eenzijdige, strikt verticale relatie.<sup>127</sup> Ook bij sociale, maatschappelijke en culturele veranderingen die tenderen tot een ‘horizontalisering’ van werkelijk bestaande publiekrechtelijke verhoudingen zou die fundamentele ongelijkheid tussen overheid en burger in het recht steeds duidelijk tot uitdrukking moeten worden gebracht. Een rechtsstelsel dat geënt is op de notie van de overheid als ‘partner’ in een ‘wederkerige betrekking’ tot de burger doet aan de principiële verticaliteit van hun onderlinge verhouding geen recht en zou daarom niet opportuun zijn.<sup>128</sup> Als misleidende gedachte zou het wederkerigheidsbegrip ten onrechte de suggestie wekken dat tussen burger en bestuur een min of meer gelijkwaardige verhouding bestaat, terwijl hun onderlinge relatie in werkelijkheid steeds wordt overschaduwd door een statelijk geweldsmonopolie dat de burger zich hoe dan ook zal moeten laten welgevalen.<sup>129</sup> Het ‘rechtstheoretisch structuurconcept’ van de wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, dat uitgaat van een overheid die voortaan ‘wederkerig’ en ‘horizontaal’ met de burger omgaat’, wordt door Teunissen daarom stellig van de hand gewezen.<sup>130</sup>

Daarnaast is de overheid uniek in haar opdracht tot ‘autistische’ behartiging van het abstracte algemeen belang. Volgens de klassieke leer hebben bestuursorganen *zelf* geen belangen, maar is al hun handelen gericht op het ‘algemeen belang’ als enig richtsnoer. Van ‘vrij onderhandelen’ of werkelijk wederkerige ‘invulling van rechtsbetrekkingen’ tussen bestuur en burger kan volgens die gedachte nooit sprake zijn; op de overheid rust immers juist de taak zo veel mogelijk van particuliere verhoudingen en belangen te abstraheren.<sup>131</sup> Waar individuele belangen de ‘drijfkracht’ zouden zijn van de ‘burgerlijke maatschappij’, zou de verwerkelijking van de onverdeelde ‘volkswil’ juist het leidend beginsel zijn binnen het publiekrechtelijke domein van de staat. De vermenging van staat en maatschappij die het werkelijke rechtsleven kenmerkt zou aan dat normatieve standpunt niet afdoen. Evenmin zou het recht zich iets moeten aantrekken van de ervaring dat bestuursorganen in de praktijk functioneren als zelfstandige entiteiten die er wel degelijk ‘eigen belangen’ op nahouden. In tijden waarin ‘bestuurlijke vernieuwing’ vooral wordt gezocht in voortschrijdende territoriale en functionele decentralisatie, ‘publiek-private samenwerking’ en ‘new public management’ lijkt die feitelijke fragmentarisatie van het algemeen belang er niet minder op te worden.<sup>132</sup> Die sociale werkelijkheid neemt evenwel niet weg dat de notie van een onverdeeld ‘algemeen belang’ als uitiem, steeds verder achter de horizon verdwijnend publiekrechtelijk oriëntatiepunt althans in *normatief* opzicht nog steeds een waarde vertegenwoordigt die in het nieuwe ‘wederkerige bestuursrecht’ ten onrechte zou worden veronachtzaamd.<sup>133</sup>

127 Van der Meulen 1995, p. 226 e.v.

128 Zie verder o.a. Beurskens 1995, p. 33 e.v.

129 Heldeweg 1995, p. 125-127.

130 Teunissen 1995, p. 282.

131 Schlössels 1995, p. 166-167.

132 Vgl. o.a. Wolfson 2005, p. 64-68.

133 Vgl. o.a. Heldeweg 1995, p. 149-151.



## 9. 'GEMEENSCHAPPELIJK RECHT'

Waar de theorie van het 'wederkerige' bestuursrecht aldus uitgaat van de deconstructie van de staat als bijzondere gezagsstructuur zijn de Maastrichtse bezwaren tegen die theorie juist geënt op de unieke positie van de overheid als behartiger van het abstracte algemeen belang. Hoewel de argumenten van de Maastrichtenaren lang niet door iedereen in al hun consequenties worden onderschreven, zijn zij desalniettemin voor velen aanleiding in de wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking een figuur te zien die met de fundamentele uitgangspunten van het Nederlandse bestuursrecht in strijd is.<sup>134</sup> Zo lijken Schlössels en Zijlstra een meerderheidsstandpunt in te nemen wanneer zij schrijven dat het 'wederkerige bestuursrecht' ten onrechte geen rekening houdt met de principieel eigen aard van de verhouding tussen burger en bestuur ten opzichte van verhoudingen tussen burgers onderling.<sup>135</sup> Het beeld van de staat als een weliswaar bijzonder belangrijke, maar in feite niet van private entiteiten te onderscheiden organisatie lijkt daarmee enigszins op zijn retour. De theoretische 'perspectiefverschuiving' van verticale publieke gezagsverhoudingen naar 'horizontale en informele netwerkverhoudingen' tussen publieke en private partijen, schrijft Pessers, is kenmerkend voor de 'post-moderniteit'.<sup>136</sup> Inmiddels hebben we volgens sommigen de fase van algehele vermenging en relativering van het 'publieke' ten opzichte van het 'private' alweer achter ons gelaten en bevinden we ons in een 'tweede moderniteit' waarin het belang van verticaal, strikt op het algemeen belang gericht publiek gezag juist weer meer wordt benadrukt.<sup>137</sup> Mogelijk verklaart die bredere tendens voor een deel de aantrekkingskracht van wat wel wordt aangeduid als de 'gemeenschappelijke rechtsleer', die vaak wordt toegeschreven aan het gezamenlijke werk van M.W. Scheltema en M. Scheltema, maar daarnaast onder meer tot uitdrukking komt in de geschriften van Van Ommeren en in het recente proefschrift van Huisman.<sup>138</sup>

Kort gezegd gaat de 'gemeenschappelijke leer' uit van de gedachte dat aan het gehele recht bepaalde beginselen ten grondslag liggen die aan het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht voorafgaan. Op fundamenteel niveau gaat de leer dus uit van een 'gemeenschappelijk deel' dat publiek- en privaatrecht onderling verbindt. De rechtsgebieden divergeren pas op het meer concrete niveau, waarop de beginselen uit dat gemeenschappelijke deel een domeinspecifieke uitwerking krijgen. De Scheltema's gaan ervan uit dat het bestuurs- en het privaatrecht voortbouwen op 'een aantal algemene regels of rechtsbeginselen' die als 'gemeenschappelijk' aangemerkt kunnen worden. Desalniettemin zien zij het bestuurs- en het privaatrecht als 'twee onderscheiden en naast elkaar staande rechtsgebieden', waarbij de regels die voor het ene gebied gelden niet vanzelfsprekend ook van toepassing zijn op het andere gebied. Anders dan private partijen beschikt de overheid over bijzondere bevoegdheden waaraan burgers zich in beginsel niet kunnen onttrekken. Op grond daarvan verkeert zij in een 'duidelijke machtspositie' die niet alleen berust op feitelijk overwicht maar ook juridisch is gemarkeerd. In verhouding

134 Zie o.a. Nicolai 1996, p. p. 181; De Poorter & De Graaf 2011, p. 99-100.

135 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 48-50.

136 Pessers 1999, p. 219.

137 Zie o.a. Beck & Grande 2010, p. 409 e.v.

138 Scheltema & Scheltema 2013 [2003]; Van Ommeren 2012; Huisman 2012.

tot burgers stelt de overheid vaak zelf de regels vast. Daar komt bij dat bestuursorganen veelal beschikken over de bevoegdheid de rechtspositie van de burger eenzijdig vast te stellen of te wijzigen. Dat maakt de verhouding tussen burger en bestuur in fundamentele zin ongelijkwaardig. Het privaatrecht daarentegen regelt rechtsbetrekkingen tussen ‘in beginsel gelijkwaardige partijen’; dat partijen feitelijk nooit geheel gelijkwaardig zijn, doet voor de Scheltema’s aan het dogmatische uitgangspunt van onderlinge horizontaliteit niet af. De ongelijkwaardigheid tussen burger en bestuur is in hun ogen anders van aard en dient in de dogmatiek van het recht steeds duidelijk tot uitdrukking te komen.<sup>139</sup>

Die visie van de Scheltema’s klinkt in de memorie van toelichting bij de vierde tranche van de Awb duidelijk door. Voor zover de overheid handelt ter uitvoering van haar publieke taak staat zij volgens de wetgever tot de burger in een bestuursrechtelijke verhouding waarop privaatrechtelijke regels ‘niet zonder meer van toepassing zijn’.<sup>140</sup> Anders dan binnen de ‘gemengde rechtsleer’ is van ‘directe werking’ van privaatrechtelijke beginselen op grond van volledig ‘open’ verbindingen derhalve geen sprake. Dat betekent niet dat het bestuurs- en het privaatrecht volstrekt gescheiden domeinen zijn. Aan het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht gaan algemene rechtsbeginselen vooraf die in beide rechtsgebieden op een specifieke wijze tot uitdrukking dienen te komen. Alleen voor zover het principiële verschil tussen publiek- en privaatrecht zulks rechtvaardigt, dienen die algemene beginselen van een eigen invulling te worden voorzien; voor het overige moeten ‘nodeloze verschillen’ zo veel mogelijk worden voorkomen. Daarom pleit de wetgever voor een zoektocht naar de gemeenschappelijke grondslagen van publiek- en privaatrecht, zodat de ‘eenheid en systematiek’ van het recht als geheel verder kunnen worden versterkt.<sup>141</sup> Onnodige verschillen maken het recht ingewikkelder en minder geloofwaardig; daarom stelt de wetgever evenals de Scheltema’s groot belang in de bevordering van de eenheid van het recht als logisch samenhangend systeem. Een soortgelijk standpunt wordt ingenomen door Van Ommeren, die meent dat de ‘gemengde rechtsleer’ ten onrechte geen oog heeft voor de eigen aard van bestuursrechtelijke verhoudingen.<sup>142</sup> Tussen publiek- en privaatrechtelijke actoren bestaat ook wat hem betreft een fundamentele juridische ongelijkheid waaraan de gemengde rechtsleer volstrekt voorbijgaat. Desalniettemin voert hij publiek- en privaatrecht beide terug tot ‘algemene beginselen’ die aan beide domeinen ten grondslag liggen.<sup>143</sup>

## 10. JURIDISCHE EN FEITELIJKE ASYMMETRIE

De ‘gemeenschappelijke rechtsleer’ vormt derhalve een aantrekkelijk theoretisch kader waarbinnen gezocht kan worden naar een ‘relationeel’ bestuursrecht dat ten opzichte van het moderne ‘relationele’ privaatrecht over een eigen aard beschikt. Anders dan Hamakers gemene rechtsleer ziet de gemeenschappelijke leer het publiekrecht immers niet als een ‘kunstwerk’ dat slechts is opgebouwd uit de bevelen van de wetgever. De idee van

139 Scheltema & Scheltema 2013 [2003], p. 4-7.

140 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 14.

141 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 14.

142 Huisman 2012, p. 569; Van Ommeren 2012, p. 566.

143 Van Ommeren 2012, p. 562-572.

algemeen funderende *beginselen* is met die opvatting immers niet in overeenstemming. In plaats daarvan impliceert de aanname van funderende beginselen een natuurlijke, aan geschreven rechtsregels voorafgaande *juridische betrokkenheid* tussen burgers en bestuursorganen. Anders dan in de gemengde rechtsleer ligt het evenwel niet voor de hand deze juridische betrokkenheid direct naar analogie van het privaatrecht in te vullen. In plaats daarvan kan binnen de gemeenschappelijke rechtsleer worden aangeknoopt bij de eigen, van privaatrechtelijke verhoudingen verschillende aard van publiekrechtelijke relaties.<sup>144</sup> In zijn mooie proefschrift uit 1998 over de bestuursrechtelijke betrekkingen tracht Gribnau aan de ‘eigen aard’ van bestuursrechtelijke verhoudingen tegemoet te komen en het ‘relationele’ bestuursrecht zodoende ten opzichte van het moderne privaatrecht van een eigen signatuur te voorzien. Zijn studie volgt derhalve een dogmatische logica die in de literatuur pas met de opkomst van de ‘gemeenschappelijke leer’ van een afzonderlijk etiket werd voorzien.

Naar Gribnau stelt is de rechtsbetrekking een van de ‘noodzakelijke begrippen van elk denkbaar recht’.<sup>145</sup> Als zodanig is het volgens hem ‘een juridisch grondbegrip’ dat aan elk nader juridisch domeinonderscheid voorafgaat. De figuur van de rechtsbetrekking belichaamt daarbij de wezenlijke onderlinge betrokkenheid van rechtssubjecten die aan de idee van volledige individuele autonomie op het meest abstracte niveau in de weg staat. Sociale interactie, legt Gribnau uit, wordt daarbij niet gezien als het ‘op elkaar stoten van atomistische, autarke individuen’, die op elkaars belangen geen acht hoeven te slaan.<sup>146</sup> Als haar primaire functie maakt de rechtsbetrekkingfiguur duidelijk dat recht *altijd* relationeel van aard is. De essentiële betrokkenheid tussen rechtssubjecten uit zich daarbij in de juridische plicht om met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening te houden. Hoe aan deze plicht verder gestalte moet worden gegeven, dient in het positieve recht nader te worden ingevuld. Daarbij moet volgens Gribnau rekening worden gehouden met de ‘specifieke karakteristieken’ van verschillende rechtsgebieden. De in het privaatrecht ontwikkelde betekenis van de rechtsbetrekking zal eerst ‘van zijn civielrechtelijke kenmerken ontdaan’ moeten worden, zodat een abstracte betrekkingfiguur overblijft die vervolgens in het straf- en bestuursrecht kan worden geconcretiseerd. Daarbij dient in ieder geval verdisconteerd te worden dat de subjecten in een publiekrechtelijke rechtsbetrekking per definitie een ongelijke positie innemen. Gribnau spreekt in dit verband over een ‘juridische asymmetrie’ die door het recht zelf wordt gecreëerd. Tussen bestuur en burger bestaat een ‘principeel scheve verdeling’ van de bevoegdheid tot het vaststellen van rechten en plichten, zodat het bestuur over de mogelijkheid beschikt de juridische betrekking tot private actoren voor een groot deel eenzijdig te bepalen.<sup>147</sup>

Naast ‘juridische asymmetrie’ onderscheidt Gribnau ‘feitelijke asymmetrie’. Onder dat laatste verstaat hij situaties waarin van onderling verbonden rechtssubjecten niet beschikken over wat in rechtssociologische literatuur wel wordt aangeduid als ‘equality of bargaining powers’.<sup>148</sup> Hoewel zich in het civiele recht grote ongelijkheden kunnen

144 Vgl. o.a. Huisman 2012, p. 599.

145 Gribnau 1998, p. 120.

146 Gribnau 1998, p. 121.

147 Gribnau 1998, p. 123-125.

148 Zie o.a. Barnhizer 2005, p. 140-241.

voordoen in feitelijke verhoudingen, geldt daar in beginsel de fictie van gelijkheid tussen autonome partijen. De ‘vermaatschappelijking van het recht’ brengt met zich mee dat de gevolgen van feitelijke asymmetrie in het moderne civielrecht tot op zekere hoogte worden gemitigeerd. Aan het formele uitgangspunt van gelijke vrijheid van de partijen doet die vermaatschappelijking evenwel niet af. Als contractanten zijn partijen in formele zin bijvoorbeeld steeds vrij aan hun onderlinge rechtsbetrekkingen nader invulling te geven op de manier waarop hun dat zelf goedgevindt. Aldus geldt in het overeenkomstenrecht een ‘autonomiebeginsel’ dat vereist dat de ‘vrije wil’ van de contractanten zo veel mogelijk wordt gerespecteerd. Dat in de werkelijkheid van het recht van een ‘vrije wil’ of iets dat daarop lijkt aan de kant van de ‘zwakkere partij’ soms nauwelijks sprake is, betekent volgens Gribnau nog niet dat de notie van ‘gelijke vrijheid’ als civielrechtelijk uitgangspunt op zichzelf onjuist is. In het publiekrecht ligt dat anders. Bestuursrechtelijke verhoudingen zijn immers niet alleen doorgaans *feitelijk* asymmetrisch doordat burgers en bedrijven meestal over minder ‘bargaining powers’ beschikken dan bestuursorganen. Daarnaast zijn die verhoudingen steeds ook *juridisch* asymmetrisch doordat private actoren zich binnen het dwangverband van de staat onmogelijk aan eenzijdige bestuurlijke bevoegdheidsuitoefening kunnen onttrekken.<sup>149</sup>

Waar het burgerlijk recht derhalve in beginsel uitgaat van juridische en feitelijke symmetrie, dient het bestuursrecht in de ogen van Gribnau de principiële ongelijkwaardigheid tussen private en publieke actoren nooit uit het oog te verliezen. In dat verband beschouwt hij ‘wederkerigheid’ als een ongelukkig begrip. Die term zou gelijkwaardigheid suggereren en hoort daarom thuis in het burgerlijk recht. In publiekrechtelijke zin spreekt Gribnau liever over ‘correlativiteit’, waarmee beter tot uitdrukking zou komen dat essentiële juridische betrokkenheid tussen partijen niet wil zeggen dat wederzijdse rechten en plichten voor alle betrokkenen dezelfde omvang hebben.<sup>150</sup> Met de classificatie van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking als een *correlatieve* en *asymmetrische* verhouding zou voldoende zijn gethematiseerd dat de toedeling van rechten en plichten binnen zowel publiek- als privaatrechtelijke verhoudingen berust op algemene beginselen, maar desalniettemin op domeinspecifieke wijze dient te geschieden. In afwijking van Achterberg en Hirsch Ballin tracht Gribnau op die manier een relationele visie op het recht te formuleren waarin privaat- en het publiekrecht weliswaar op een gemeenschappelijke grondslag berusten, maar toch ook onderscheiden rechtsgebieden zijn. In geen geval acht hij de notie van een scheidslijn tussen publiek- en privaatrecht ‘vergaand obsoleet’, maar hecht hij aan het onderscheid een zekere materiële betekenis. Daarbij komt Gribnau evenwel niet veel verder dan de vervanging van publiekrechtelijke ‘wederkerigheid’ door ‘correlativiteit’ als term die ‘voldoende abstract en kunstmatig is om in de begripstaal van het recht te passen’.<sup>151</sup> Met opzet kiest hij voor een ‘formeel, onderbepaald begrip’ dat in de praktijk van het recht nader gestalte dient te krijgen. Het draagt een ‘technisch-juridische betekenis’, maar behoort verder tot de ‘lege plekken’ die in de werkelijkheid van het recht verder moeten worden ingevuld.<sup>152</sup>

149 Gribnau 1998, p. 220.

150 Gribnau 1998, p. 130-131.

151 Gribnau 1998, p. 130.

152 Gribnau 1998, p. 130-134. Vgl. o.a. Crijns 2010, p. 256-259.

## 11. MUTUALITEIT EN RECIPROCITEIT

Meer in materiële zin is het wederkerigheidsbeginsel geëxploreerd door Pessers, die in haar boeiende dissertatie betoogt dat onder ‘wederkerigheid’ veel meer kan worden verstaan dan het ‘voor wat hoort wat, *quid pro quo* en *do ut des*’ waartoe Gribnau het begrip reduceert. Naast een dergelijke ‘gebondenheid over en weer’, waarvoor zij het begrip ‘mutualiteit’ reserveert, omvat wederkerigheid volgens Pessers ook situaties waarin plichten worden nagekomen zonder direct vooruitzicht op concrete tegenprestaties. In dat geval spreekt Pessers van ‘reciprociteit’, waarbij een handeling niet voortkomt uit welbegrepen eigenbelang, maar stoelt op een morele plicht die niet berust op een ‘ik geef opdat jij geeft’ (*do ut des*), maar op een ‘ik geef omdat mij is gegeven’ (*do quia mihi datum est*). Onder verwijzing naar Ricoeur legt Pessers uit dat het laatste adagium berust op de notie van ‘het gegeven zijn van de wereld’ waarvan een plicht tot ‘instandhouden, onderhouden en doorgeven’ van het gegevene zou kunnen worden afgeleid. Niet een ‘voor wat hoort wat’, maar de *gift* is daarbij de bron van een morele plicht jegens anderen die kariger zijn bedeed.<sup>153</sup>

In de brede betekenis van ‘reciprociteit’ beheerst de wederkerigheidsnotie niet alleen op de ‘herstellende’, maar ook op de ‘verdelende rechtvaardigheid’. Volgens de klassieke aristotelische uitleg van die begrippen is herstellende rechtvaardigheid van toepassing op vrijwillige en onvrijwillige ‘transacties’ (*synallagmata*), terwijl de verdelende rechtvaardigheid zich in het bijzonder manifesteert bij de verdeling van ‘eerbewijzen, geld of andere dingen’ onder alle leden van de politieke gemeenschap.<sup>154</sup> Naar veler opvatting heeft de verdelende rechtvaardigheid het primaat binnen het publieke domein, terwijl de private ruimte in de eerste plaats bestreken wordt door de herstellende rechtvaardigheid.<sup>155</sup> Waar het private domein aldus sterk geënt is op wederkerige *verhoudingen*, zou de publieke ruimte vooral gelden als een ‘geometrische orde’ waarbinnen ieder op grond van een nader bepaald algemeen criterium een vaste plaats inneemt.<sup>156</sup> *Verhoudingen* tussen rechtssubjecten onderling staan daarbij niet op de voorgrond. De idee van ‘reciprociteit’ als beginsel dat verplicht tot een ‘ik geef omdat mij is gegeven’ is met een dergelijke geometrische orde niet verenigbaar. Waar een ‘autonome’ denker als Rawls streeft naar een ‘reflectief evenwicht’ dat op grond van enkele kunstmatige beginselen wordt bereikt door ‘mutually disinterested individuals’ gaat het reciprociteitsconcept juist uit van essentiële verbondenheid tussen individuen. Het klassieke beginsel dat ertoe verplicht ‘ieder het zijne te geven’ berust in dat denkkader immers niet op een onpersoonlijke, zuiver abstracte orde, maar op de *relationele* notie die het subject verplicht de ander te geven wat hem toebehoort.<sup>157</sup> Binnen die ‘mentale structuur’ is verdelende rechtvaardigheid geen

153 Pessers 1999, p. 45-46; Pessers 2014, p. 151-152.

154 Zie o.a. de heldere uiteenzetting in Veraart 2005, p. 32 e.v.

155 Zie o.a. Hildebrandt 1997, p. 90.

156 Vgl. o.a. Foqué 1992, p. 14, die spreekt over de ‘geometrisering van de publieke ruimte’; zie verder ook Hildebrandt 1997, p. 87.

157 Ricoeur 1995b, p. 31.

afgeleide van de abstracte toepassing van een algemeen criterium, maar vindt zij steeds een plaats binnen een complex aan concrete verhoudingen.<sup>158</sup>

Pessers' begrippenkader levert niet meteen een beter begrip op van 'wederkerigheid' binnen formele juridische domeinen, maar leent zich wel voor nadere analyse van juridische relaties binnen verschillende sociale sferen. Zelf maakt Pessers onderscheid tussen drie 'levenssferen' die in verschillende mate worden gekenmerkt door affectieve betrokkenheid. Bij uitstek 'affectief' van aard is de 'sfeer van de verwantschap' die bestaat uit de private kring van het 'huishouden' (*oikos*). Daarnaast onderscheidt Pessers de bredere kringen van de 'Gemeinschaft', met Tönnies begrepen als een sociaal homogene groep met een gemeenschappelijke identiteit, en de 'Gesellschaft', omschreven als het domein waarin het subject 'de ander' ontmoet en op vanzelfsprekende affectieve banden en sociale verwantschap berustende homogeniteit goeddeels ontbreekt. In de affectieve sfeer van de verwantschap overheerst het 'ik geef omdat mij is gegeven' van 'wederkerigheid' als 'reciprociteit'. Aldus domineert een moreel beladen giftwederkerigheid die berust op de materiële ongelijkheid tussen de leden van het 'huishouden' onderling; de zorgplicht van ouders voor hun kinderen is daarvan een duidelijk voorbeeld. Geheel vrij van 'mutualiteit' is de sfeer van verwantschap overigens niet; zelfs binnen de affectieve kring van de familie is de 'gift' van de een aan de ander nooit geheel onvoorwaardelijk. In de bredere kring van de 'Gemeinschaft', daarentegen, houden mutualiteit en reciprociteit elkaar min of meer in evenwicht. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan dorps- of wijkgemeenschappen, verenigingen, bedrijven of andere samenwerkingsverbanden die zich niet alleen laten leiden door het afstandelijke 'ik geef opdat jij geeft' van de markt, maar ook door een 'ik geef omdat mij is gegeven' dat wordt ingegeven door onderlinge affectieve betrokkenheid. De anonieme 'Gesellschaft', ten slotte, wordt beheerst door de 'autonome' noties van formele gelijke vrijheid en 'wederkerigheid als mutualiteit'. Als het goed is wordt het wederkerigheidsbegrip daarbij echter niet geheel gereduceerd tot een liefdeloos 'do ut des' tussen 'disinterested parties', maar verliest men de plichten die voortvloeien uit wezenlijke intersubjectieve betrokkenheid nooit geheel uit het oog.<sup>159</sup>

Welke waarde heeft het door Pessers geëxploreerde onderscheid nu voor de nadere invulling van het wederkerigheidsconcept binnen formele juridische domeinen? Sowieso dient in ogenschouw genomen te worden dat ethische, sociologische en antropologische perspectieven op 'wederkerigheid', zoals geboden door Pessers, zich niet per se meteen laten vertalen in juridisch bruikbare figuren en argumenten. In onze pluriforme staat functioneert het recht bij uitstek als een 'symbolische orde, een instantie die tussen 'vreemden' kan bemiddelen'.<sup>160</sup> Een sterke 'morele reductie' van 'affectieve' en 'sociale' intersubjectieve betrokkenheid is in het recht daarom onontkoombaar.<sup>161</sup> Een dergelijke reductie betekent echter niet dat het recht van de intersubjectieve notie van 'wederkerigheid

158 In een interessante rechtsantropologische analyse betoogt Pessers dat de 'mentale structuur' van het *do quia mihi datum est* deels verklaart waarom velen tot 'belangeloos geven' bereid zijn, al signaleert zij ook dat de wederkerigheidsverhoudingen die zo ontstaan sociaal en politiek kunnen worden uitgebuit op grond van een verhuld *do ut des* dat achter ogenschijnlijk belangeloze giften schuil kan gaan. Zie Pessers 1999, p. 53 e.v.; vgl. Ricoeur 1995b, p. 33.

159 Pessers 1999, p. 95-103; Pessers 2014, p. 151-155; Ricoeur 1995b, p. 34-37.

160 Cleiren 2003, p. 61; Crijns 2010, p. 254-255.

161 Vgl. Pessers 1999, p. 51.



als reciprociteit' geheel zou behoren te abstraheren, zodat in juridische zin alleen het op de eigen belangen gerichte 'ik geef opdat jij geeft' overblijft. Naar Pessers betoogt dient voor 'wederkerigheid als reciprociteit' altijd een juridische plaats te worden ingeruimd. Een rechtsgemeenschap die slechts stoelt op de gehoudenheid van 'losse individuen' tot erkenning van elkaars gepositieerde rechten en plichten komt niet tegemoet aan de wezenlijk sociale natuur van de mens en schiet in haar ogen daarom hoe dan ook tekort.<sup>162</sup> Daarom is het goed dat het privaatrecht in het moderne recht een 'vermaatschappelijking' heeft doorgemaakt waarbij ongeschreven intersubjectieve beginselen van zorgvuldigheid en behoorlijkheid een ruimere betekenis hebben gekregen. Voor het publiekrecht ligt dat ingewikkelder.

Met de overgang van 'government' naar 'governance' heeft de overheid in de voorbije decennia een aanmerkelijke herstructurering doorgemaakt, waarbij veel staatstaken werden afgestoten en de bureaucratie werd gereorganiseerd naar het model van het bedrijfsleven. De 'ondernemende staat', schrijft Pessers, 'daalde af van zijn arbiterstoel' en installeerde zich 'tussen de marktkramen'. Met de grootscheepse deregulerings- en privatiseringsoperaties nam de geloofwaardigheid van centrale sturingspretenties steeds verder af en ontstond behoefte aan een informeler en meer horizontaal georiënteerd publiekrecht dat beter zou zijn toegesneden op de moderne gedaante van de overheid als 'partner' te midden van een 'pluraliteit van burgers en belangen'.<sup>163</sup> In die maatschappelijke ontwikkelingen vindt de wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking haar 'natuurlijke bedding'. Meer dan het klassieke, op het onpersoonlijke 'algemeen belang' gerichte 'bestuursrecht als ordeningsrecht' nodigt het nieuwe model uit tot duurzame verhoudingen en aan weerszijden gewekte gerechtvaardigde verwachtingen. Die veranderde sociale werkelijkheid staat evenwel op gespannen voet met het feit dat de verhouding tussen de overheid en het private rechtssubject een structurele 'juridische asymmetrie' vertoont en in formele zin bovendien steeds een relatie is tot de overheid als een 'anonieme', in beginsel van elke particulariteit abstraherende rechtspersoon. Dat maakt dat aan de juridische werking van het wederkerigheidsbeginsel in het publiekrecht een andere invulling moet worden gegeven dan in het privaatrecht.<sup>164</sup>

Met name meent Pessers dat in het publiekrecht restrictief moet worden omgesprongen met de aanname van ongeschreven plichten aan de kant van individuele burgers. Moderne modes als 'onderhandelend bestuur' en 'publiek-private samenwerking' nemen immers niet weg dat de gewone burger veelal nog steeds nederig aan het loket zijn beurt afwacht.<sup>165</sup> Met andere woorden: de verticale aard van de verhouding tussen burger en bestuur is ook in het moderne bestuursrecht bepaald niet alleen een juridische fictie die van het werkelijke maatschappelijke leven geheel is losgezongen. Meer ruimte voor ongeschreven plichten zou bestaan aan de kant van grotere belangengroepen, bedrijven en andere organisaties die tussen burger en overheid als intermediair optreden. In een sociale werkelijkheid waarin het bestuur zijn taken uitoefent in voortdurende onderhandeling en samenwerking met private rechtspersonen dringt het wederkerigheidsbeginsel zich als

<sup>162</sup> Pessers 1999, p. 216. Vgl. o.a. Cleiren 2003, p. 62.

<sup>163</sup> Pessers 1999, p. 216-219; vgl. Foqué 1992, p. 36-37.

<sup>164</sup> Pessers 1999, p. 219-227.

<sup>165</sup> Zie voor enkele scherpe observaties op dit punt o.a. reeds Damen 1993, p. 109 e.v.



vanzelfsprekend op de voorgrond. Maar ook in het contact tussen de overheid en belangrijke private rechtspersonen dient het wederkerigheidsbeginsel in het bestuursrecht niet analoog aan het privaatrecht te worden ingevuld. De veranderde sociale realiteit ten spijt dient de staat principieel toch *boven* de partijen te blijven staan en niet volledig ‘partij met de partijen’ te worden. Wie vertegenwoordigt anders immers de burgers die geen plaats ‘aan de onderhandelingstafel’ hebben en derhalve *niet* participeren in het systeem van sociale wederkerigheid? Dat alles neemt evenwel niet weg dat de reciprociteitsmoraal behalve in het privaatrecht ook in het publiekrecht tot op bepaalde hoogte dient te worden aanvaard. Daarbij dient men zich de risico’s van toepassing ervan binnen publiekrechtelijke verhoudingen wel steeds ten volle te realiseren.<sup>166</sup>

## 12. CONCLUSIE

De idee van een ‘organisch’ en sterk ‘relationeel’ privaatrecht enerzijds en een ‘kunstmatig’ en meer ‘formeel’ publiekrecht anderzijds ligt diep verankerd in onze rechtscultuur. De collectieve herinnering reikt daarbij veelal niet veel verder terug dan het interbellum, waarin het privaatrecht zich in relationele zin hervormde en het publiekrecht een goeddeels ‘autonoom’ karakter behield. Daarvoor sprak het beeld van het privaatrecht als het ‘natuurlijke recht’ en het publiekrecht als formeel ‘uitzonderingsrecht’ geenszins vanzelf. In de ‘organische’ staatsleer van Hegel en zijn navolgers, waardoor ook Struycken zich liet inspireren, gold bijvoorbeeld eerder het omgekeerde; volgens die leer dient immers bij uitstek het domein van de ‘burgerlijke samenleving’ beheerst te worden door de formele gedaante van het ‘abstracte recht’, terwijl het administratieve recht in die leer geldt als een ‘zedelijke ruimte’ die bestreken dient te worden door intersubjectieve beginselen van zorgvuldigheid en behoorlijkheid. Pas met de opkomst van de ‘gemene rechtsleer’ werd die voorstelling van zaken tot kanteling gebracht. Hamaker, bijvoorbeeld, ziet het publiekrecht als een strikt *kunstmatige* inbreuk op het van onderop tot ontwikkeling gekomen privaatrecht als het ‘gemene recht’. Voor zover de wet niet anders bepaalt, staat ook de staat niet *boven*, maar *in* het recht. Voor zover de wet hem echter ‘vrijdom’ verleent herleeft zijn kunstmatige hoogheidskarakter en verheft hij zich als vanouds boven andere rechtssubjecten als ‘mit Imperium ausgestatteter Herr’.

De ‘gemene rechtsleer’ gaat aldus uit van een scherpe grenslijn tussen een ‘gemeen’ en op ‘relationele’ beginselen berustend privaatrecht en het publiekrecht als ‘autonoom’ domein dat recht doet aan de idee van de staat als dwingende artificiële orde. Met de voortgaande ‘verstatelijking van de maatschappij’ en de ‘vermaatschappelijking van de staat’ bleek die grenslijn al in het interbellum steeds moeilijker te trekken. Enerzijds bracht staatsinmenging in het maatschappelijk leven teweeg dat de staat steeds meer de gedaante aannam van een gewone private partij; anderzijds werden publieke belangen in toenemende mate ook door privaatrechtelijke rechtspersonen behartigd. Tegen die achtergrond kwam de leer van het ‘gemengde recht’ tot ontwikkeling. Met de vervaging van de voorheen zo strakke grenslijn tussen publiek- en privaatrecht zou de grondslag voor de bijzondere juridische positie van het staatsgezag zijn komen te vervallen. De staat geldt

---

<sup>166</sup> Pessers 1999, p. 227-233.

daarbij nog steeds als een bijzonder belangrijke organisatie, maar toch ook als een gewone organisatie die niet wezenlijk verschilt van private partijen en zich jegens hen daarom nooit op een natuurlijke of geconstrueerde hoogheid zou mogen beroepen. De opkomst van de publiekrechtelijke betrekkingen staat met die ontwikkeling in direct verband. Niet anders dan het privaatrecht zou ook het publiekrecht zich niet alleen te oriënteren op abstracte rechten en bevoegdheden, maar steeds ook op de werkelijk bestaande verhoudingen waarbinnen deze worden uitgeoefend. Het recht zou derhalve nooit volledig kunnen worden geabstraheerd van de sociale context waardoor het wordt omgeven; de formele publiek- of privaatrechtelijke hoedanigheid van de betrokken partijen speelt in de ‘gemengde leer’ geen rol.

De sterke relativisering van de staat als bijzondere gezagsstructuur en de bijbehorende afbraak van de scheiding tussen publiek- en privaatrecht onder de ‘gemengde rechtsleer’ past goed bij een postmodern wereldbeeld waarin allerlei ideologische concepten en structuren worden losgelaten. De ‘gemeenschappelijke rechtsleer’ die daarna tot ontwikkeling kwam sluit daarentegen aan bij de idee van een ‘tweede moderniteit’ die aan oude structuren een hedendaagse betekenis tracht te geven. De gemeenschappelijke rechtsleer houdt kort gezegd in dat aan de rechtsorde bepaalde algemene beginselen ten grondslag liggen die aan het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht voorafgaan. Op die manier combineert de leer de idee van ‘eenheid van recht’ met een divergentie in domeinen die voldoende recht doet aan de ‘eigen aard’ van publiek- en privaatrechtelijke verhoudingen. De ‘autonome’ gedachte van publiekrecht als formeel uitzonderingsrecht komt daarmee te vervallen; het publiekrecht is volgens de ‘gemeenschappelijke’ leer immers geen kunstmatige, strikt verticale en op het abstracte algemeen belang gerichte orde, maar een juridisch domein dat evenals het privaatrecht in wezen berust op algemene beginselen van intersubjectieve zorgvuldigheid en behoorlijkheid. Desalniettemin komt de gemeenschappelijke leer tegemoet aan de eigen aard van de staat als publiek dwangverband waaraan individuele rechtssubjecten zich in beginsel niet kunnen onttrekken. Dat principiële verschil tussen publiek- en privaatrechtelijke actoren maakt dat algemene, aan het gehele recht ten grondslag liggende beginselen niet zomaar algemeen toepasbaar zijn, maar op domeinspecifieke wijze moeten worden ingevuld.

De gemeenschappelijke leer biedt derhalve een aantrekkelijk kader waarbinnen het publiekrecht zich enerzijds ‘relationeel’ kan ontwikkelen en zich meer kan oriënteren op werkelijk bestaande sociale verhoudingen, maar anderzijds vast kan houden aan de scheiding tussen publiek- en privaatrecht als een funderend beginsel van de moderne rechtsstaat. Met de ‘horizontalisering’ van werkelijk bestaande verhoudingen tussen private en publieke actoren wordt steeds duidelijker dat het klassieke, op de verlichte idee van het sociale contract geënte publiekrecht kampt met allerlei ‘autonome pathologieën’ die volgens de logica van dat klassieke stelsel zelf niet of nauwelijks zijn op te lossen. Daarom is een model van publiekrecht nodig dat niet primair berust op het ethisch lege ‘do ut des’ van de contractenleer, maar op fundamentele intersubjectieve verbondenheid zoals die bijvoorbeeld tot uiting komt in het door Pessers beschreven model van giftwederkerigheid. Een dergelijke ‘relationele’ hervorming van het publiekrecht houdt niet per definitie een terugkeer in naar de organische notie van de staat als ondeelbaar ‘zedelijk lichaam’. In de moderne tijd van pluralisme en differentiedenken heeft die

## RELATIONEEL RECHT

gedachte sterk aan overtuigingskracht ingeboet; daarom ligt het voor de hand met de aanname van ongeschreven juridische plichten aan de kant van private actoren behoedzamer om te springen dan in het privaatrecht. Bovendien staat een relationele transformatie van het publiekrecht niet per se in gespannen verhouding tot de eigen positie van de staat als bijzondere gezagsstructuur. Daarbij is het dan wel van belang op zoek te gaan naar een domeinspecifieke invulling van intersubjectieve behoorlijkeids- en zorgvuldigheidsbeginselen die aan het principiële onderscheid tussen overheden en private actoren voldoende recht doet.

# VI

## AUTONOMOOM RECHT

*Hevig verzet tegen 'relationele' opvattingen van het bestuursrecht is onder meer afkomstig van de 'Maastrichtse school' rondom Tak en Teunissen, die met de 'invullende rechtsleer' een model van publiekrecht ontwikkelden dat is geënt op de 'autonomie van ieder mens', slechts begrensd door 'de autonomie van ieder ander'. In navolging van Dooyeweerd gaan Taken Teunissen onder meer uit van 'aprioristische' onderscheidingen tussen staat en maatschappij, publiek- en privaatrecht en verdelende en correctieve rechtvaardigheid die constitutief zouden zijn voor de moderne rechtsstaat. In hun seculiere, maar daarmee niet minder leerstellige interpretatie van Dooyeweerds reformatorische leer geven Tak en Teunissen zich van het theologische fundament onder die leer geen rekenschap en verruilen zij Gods scheppingswil voor de autonome wil van het individu. De autonome vrijheid van elk afzonderlijk individu is voor Tak en Teunissen de enige bron van de staat en alle recht; onder geen beding zijn zij bereid dat 'zuivere' uitgangspunt omwille van 'onzuivere' pragmatische overwegingen te verlaten. Schreuder-Vlasbloms deels in dialoog met de Maastrichtenaren ontwikkelde theorie van bestuursrecht verschilt wezenlijk van die van Tak en Teunissen, maar is evenzeer sterk 'autonoom' van aard. In hun abstracte eenzijdigheid zijn de benaderingen van Tak, Teunissen en Schreuder-Vlasblom op zichzelf weinig aantrekkelijk. Desalniettemin leggen hun principiële visies een spanning bloot tussen 'norm' en 'feit' die in de theorie van het bestuursrecht tot nog toe onopgelost is gebleven. Een uitweg uit de impasse kan slechts worden geboden door een model dat enerzijds oog heeft voor de empirische werkelijkheid van het recht maar anderzijds erkent dat recht slechts recht kan zijn wanneer het tot op zekere hoogte van diezelfde werkelijkheid abstraheert.*

### 1. INLEIDING

Tegen een intersubjectief model van publiekrecht zullen sommigen zich hoe dan ook verzetten, zelfs wanneer wordt uitgegaan van de eigensoortigheid van publiekrechtelijke verhoudingen. Relationele opvattingen van het bestuursrecht zijn met name fel bestreden door Twan Tak, die in de laatste decennia een ontzagwekkende stroom van publicaties liet verschijnen waarin hij zich beklagt over de verwording van de democratische rechtsstaat tot een 'mechanische mierenmaatschappij' waarin individuele rechtsbescherming geheel ondergeschikt wordt gemaakt aan de bewerkstelling van allerlei bovenindividuele

doelen.<sup>1</sup> De ‘wortels van democratie en recht’ zijn volgens Tak gelegen in afzonderlijke individuen; wie zijn rechtsopvatting primair ent op *verbindingen* tussen individuen kiest in zijn ogen ‘impliciet voor een totalitaire staatsvorm’. Alleen ‘de mens zelf’ zou ‘oorsprong’ zijn van democratie en recht. Rechtsregels zijn er volgens Tak ‘enkel omwille van de mens’, die anders dan dieren over een moraal beschikt en daarom geen genoegen neemt met het ‘recht van de sterkste’. Van wezenlijke betrokkenheid tussen individuen is geen sprake; ook ‘zonder medemens’ is de mens een ‘uniek autonoom wezen’. Een ‘ware rechtsstaat’ gaat derhalve uit van de ‘totale autonomie van ieder mens’, slechts beperkt door de ‘even totale autonomie van ieder ander’.<sup>2</sup>

In de Nederlandse rechtswetenschap verwierf Tak vooral faam met de ‘invullende rechtsleer’, die uitgaat van het privaatrecht en publiekrecht als principieel gescheiden, beide door eigen beginselen beheerste domeinen.<sup>3</sup> Waar het publiekrecht uitsluitend gericht zou moeten zijn op ‘het algemeen belang als verzameling van alle individuele en groepsbelangen’, dient het privaatrecht zich juist te oriënteren op het grondbeginsel van ‘gelijkberechtigde particuliere autonomie’.<sup>4</sup> Daarnaast ontwikkelden Tak en zijn navolgers een model van bestuursrechtspraak dat bekend staat als het ‘model-Tak’.<sup>5</sup> Dat stelsel is even dichotoom van aard en houdt onder andere in dat het op de rechtsorde als geheel gerichte ‘contentieux objectif’ rigoureus dient te worden gescheiden van het op individuele rechtsbescherming toegesneden ‘contentieux subjectif’.<sup>6</sup> De fase van bestuurlijke besluitvorming is in Taks model geheel gericht op het abstracte algemeen belang en richt zich op het nemen van een besluit dat ‘in alle opzichten zo juist mogelijk’ is; juridische argumenten wegen daarbij niet zwaarder dan beleidsoverwegingen.<sup>7</sup> Zodra een besluit ‘in voor beroep vatbare vorm’ is afgegeven breekt de rechtsbeschermingsfase aan. Anders dan de bestuurlijke fase draait deze niet om politieke besluiten *erga omnes*, maar om rechtsconflicten *inter partes*. Het eindoordeel ligt in handen van een onafhankelijke rechter die zich verre houdt van beleid en slechts onderzoekt of de rechtzoekende op onjuiste wijze is aangetast in zijn ‘rechtens te beschermen belangen’.<sup>8</sup>

Het ‘model-Tak’ kan alleen met vrucht worden begrepen wanneer het wordt gezien vanuit de diepere rechtsculturele en -filosofische analyse die eraan ten grondslag ligt.<sup>9</sup> Ter opheldering daarvan valt in de eerste plaats te denken aan het theoretische werk van Teunissen,<sup>10</sup> die bij Tak promoveerde en in zijn proefschrift de ‘invullende rechtsleer’ van een nader rechtshistorisch en -filosofisch fundament voorzag.<sup>11</sup> In zijn late werk grijpt Tak nadrukkelijk op de hem door Teunissen aangereikte argumenten terug.<sup>12</sup> Voor zover de denkbeelden van Tak en Teunissen in de literatuur onderwerp zijn geweest van kritiek

1 Tak 2005, p. 564.

2 Tak 2008a, p. 128-129.

3 Tak 1993, p. 174 e.v.

4 Tak 1993, p. 180; Tak 1997, p. 20.

5 Zie o.a. Barkhuysen e.a. (red.) 2006.

6 Tak 1997, p. 173; Tak 2014, p. 2870 e.v.

7 Tak 1990, p. 135. Vgl. ook Tak 1992, p. 72-73; Tak 2014, p. 2890; Tak 1990, p. 135.

8 Tak 1990, p. 135-136.

9 Vgl. o.a. Schlössels 2006, p. 49-50.

10 Vgl. o.a. Schlössels 2006, p. 49.

11 Teunissen 1996; zie ook Teunissen 1995.

12 Zie o.a. Tak 1997, p. 59 e.v.

overwegen meestal praktische argumenten die de kern van hun rechtsdenken niet echt raken. Het ‘juridisch grondslagendebat’ dat Tak met zijn model beoogde te entameren kwam op die manier niet echt van de grond. Bij gebrek aan een fundamenteel debat restte Tak naar eigen zeggen niets anders dan de rol van de ‘boze fee’ die tot ieders misnoegen al bij de ‘wieg van de Awb’ het geboortefeest verstoorde door op enkele principiële tekortkomingen van het nieuwe stelsel te wijzen.<sup>13</sup> Naar Tak zelf meent werd zijn kritiek in wetenschap en politiek verder ‘stelselmatig [...] genegeerd’; op een enkele uitzondering na zou het van een ‘echt wetenschappelijk discours’ rondom zijn inzichten daarom nooit zijn gekomen.<sup>14</sup>

Velen achten Taks klacht van miskenning volkomen misplaatst. Zo schrijft Schueler dat er maar weinig bestuursrechtjuristen zijn wier werk ‘zo vaak onderwerp is van discussie’, waarbij hij onder andere verwijst naar een door veel prominenten bezochte studiedag in Leiden waarop het ‘model-Tak’ centraal stond.<sup>15</sup> Niettemin bevat Taks bezwaar toch een kern van waarheid. De veronachtzaming betreft niet zozeer het model op zichzelf als wel de rechtstheoretische grondslagen ervan, terwijl die vooral in Taks latere werk nu juist de kern uitmaken van hetgeen hij betoogt. Schlössels signaleert dat Taks standpunten veel pragmatische kritiek uitlokken, maar nooit op principiële gronden zijn weerlegd.<sup>16</sup> Dat sterkt hem in de veronderstelling dat Taks visie op het bestuursrecht ten opzichte van concurrerende opvattingen althans in theoretische zin over ‘goede papieren’ beschikt.<sup>17</sup> Wie een ‘principiële scheiding’ tussen publiek- en privaatrecht ontkent, zou geen oog hebben voor de verankering van het recht in ‘cultuurhistorisch bepaalde maatschappelijke verhoudingen’. De idee van een fundamentele gespletenheid tussen publiek- en privaatrechtelijke beginselen is volgens Schlössels constitutief voor de moderne rechtsstaat; met meer holistische visies zou derhalve heel wat op het spel komen te staan.<sup>18</sup> Tegen de achtergrond van dat principiële standpunt betreurt Schlössels dat bepaalde aspecten van Taks leer ‘vaak te geïsoleerd worden belicht’.<sup>19</sup>

In dit hoofdstuk van mijn proefschrift tracht ik een bijdrage te leveren aan het bestuursrechtelijke discours door de fundamentele discussie met Tak en Teunissen alsnog aan te gaan. Is de door hen aangehangen gedachte van een wezenlijke gespletenheid van het recht werkelijk obsoleet, zoals ‘holisten’ als Hirsch Ballin betogen? Of beschikt hun theorie als grondslag voor een nieuw bestuursrecht juist bij uitstek over ‘goede papieren’? Ter beantwoording van dergelijke vragen bied ik eerst een bespreking van de theoretische

13 Tak 2010a, p. 193. Tak betreurt met name de bescheiden theoretische pretenties van de Awb-wetgever zelf. Zie daarvoor met name *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 3, p. 11, waar de wetgever aangeeft zich te beperken tot enkele ‘algemene opmerkingen’ die niet het karakter hebben van ‘fundamentele of dogmatische beschouwingen’. Daarmee beoogde de wetgever te voorkomen dat hij ‘een in de toekomst gewenste ontwikkeling’ van het bestuursrecht ‘nodeloos in de weg zou staan’.

14 Tak 2014, p. 2853-2868. Een expliciete uitzondering maakt hij daarbij slechts voor Schreuder-Vlasblom, die volgens hem ‘de eer toekomst’ als enige werkelijk ‘de discussie te hebben gezocht’. Zie voor de klacht van miskenning verder o.a. Tak 2004a, p. 43-45; Tak 2004b, p. 122 e.v.; Tak 2005, p. 164 e.v.; Tak 2008a; Tak 2008b; Tak 2010a; Tak 2010b.

15 Schueler 2007a, p. 55 e.v.

16 Schlössels 2006, p. 49-54.

17 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 524-526.

18 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 499-501.

19 Schlössels 2006, p. 51.

grondslagen van hun opvattingen. Vooral hun beroep op de reformatorische wijsbegeerte van Dooyeweerd en het daarop voortbouwende rechtsdenken van Van Eikema Hommes verdient nadere analyse. Vervolgens richt ik mij op de kritiek die op de opvattingen van Tak en Teunissen is uitgeoefend. Een bijzondere positie komt daarbij toe aan de visie van Schreuder-Vlasblom. Hoewel Tak en Schreuder-Vlasblom elk een geheel eigen stelsel van bestuursrechtspraak voorstaan, raken hun ideeën elkaar toch doordat zij beiden uitgaan van een staats- en rechtsopvatting die niet primair is geënt op concrete *verhoudingen* tussen individuen, maar veeleer op de handhaving van het recht *in abstracto*, zodat het individu wordt bevrijd van de concrete betrokkenheid die hem in een primair op relaties gericht stelsel zou beknellen. Derhalve hangen zij beiden een ‘autonome’ visie op bestuursrecht aan die wezenlijk verschilt van het ‘relationele’ rechtsdenken van Foqué, Hirsch Ballin en Gribnau. Zouden waardevolle elementen van die ‘autonome’ visie op enige manier in een intersubjectief model van bestuursrecht kunnen worden verdisconteerd? Of staan zij er hoe dan ook mee op gespannen voet?

## 2. ZINSVERSCHEIDENHEID

Voor wezenlijk begrip van het model-Tak is een analyse van de verankering ervan in de reformatorische wijsbegeerte van Dooyeweerd en Van Eikema Hommes onmisbaar. Dooyeweerd was vanaf 1926 hoogleraar encyclopedie en filosofie van het recht aan de Vrije Universiteit, waar zijn leerling Van Eikema Hommes hem in 1965 opvolgde. Cliteur ziet in Dooyeweerd ‘de grootste Nederlandse filosoof van de twintigste eeuw’. Zijn grootsheid zou de ‘vaderlandse wijze van filosofiebeoefening’ ver zijn ontstegen, zodat zijn ideeën in eigen land veel te weinig erkenning hebben gekregen.<sup>20</sup> Langemeijer drukt zich op soortgelijke wijze uit. Volgens hem is Dooyeweerd ‘de meest oorspronkelijke wijsgeer die Nederland ooit heeft voortgebracht, Spinoza zelfs niet uitgezonderd’.<sup>21</sup> Het genie van Dooyeweerd ligt onder meer besloten in het systematische en alomvattende karakter van zijn denken, zoals dat met name is uitgewerkt in zijn monumentale *De wijsbegeerte der wetsidee*.<sup>22</sup> Meer nog dan Dooyeweerd zelf past Van Eikema Hommes diens ideeën toe op het recht.<sup>23</sup> Essentieel daarbij is Dooyeweerds aspectenleer, die inhoudt dat de tijdelijke werkelijkheid een door God gegeven ‘zinsverscheidenheid’ vertoont die maakt dat de verschillende ‘zijnswijzen’ ervan niet tot elkaar kunnen worden gereduceerd.<sup>24</sup> Elk aspect wordt beheerst door eigen wetten en regels, die soms gedeeltelijk overlappen maar toch zelfstandig stelsels vormen die op grond van de begrippen van andere aspecten niet volledig kunnen worden begrepen. De ‘tijdelijke werkelijkheid’ bevat aldus een

20 Cliteur 1994.

21 Langemeijer 1970, p. 10.

22 Dooyeweerd 1935-1936. In de jaren vijftig verscheen een vierdelige, enigszins uitgebreide en op enkele punten gewijzigde Engelstalige uitgave: Dooyeweerd 1953-1958.

23 Met name schreef Van Eikema Hommes enkele invloedrijke juridische leerboeken die alle voortborduren op de door Dooyeweerd ontwikkelde reformatorische wijsbegeerte. Zie o.a. Van Eikema Hommes 1972; 1981; 1982; 1983; 1986.

24 Zo bezit de mens als fysisch wezen bijvoorbeeld een ‘biotisch aspect’, als voelend wezen een ‘psychisch aspect’, als denkend wezen een ‘logisch-analytisch aspect’, als cultureel wezen een ‘cultuurhistorisch aspect’, als staatsburger een ‘juridisch aspect’, als ethisch wezen een ‘moreel aspect’ en als gelovige een ‘geloofsaspect’.



fundamentele gebrokenheid die alleen op het transcendente niveau van Gods ‘eeuwige werkelijkheid’ wordt opgeheven.<sup>25</sup>

Met zijn aspectenleer beoogde Dooyeweerd vooral een fundament te leggen onder Kuypers’ theorie van ‘soevereiniteit in eigen kring’. Kort gezegd houdt die theorie in dat de sociale werkelijkheid uiteenvalt in verschillende sferen die onderling verweven zijn, maar elk over een eigen aard beschikken die in een moderne rechtsstaat dient te worden gerespecteerd.<sup>26</sup> Binnen de ene ‘modale sfeer’ van het menselijk bestaan gelden volgens Dooyeweerd niet per se dezelfde regels als in de andere. In fysische zin is de mens bijvoorbeeld onderworpen aan de wetten van de natuur, als voelend wezen aan het onmiddellijk weten van het gevoel, als ethisch wezen aan de moraal, als staatsburger aan de wet en als gelovige aan de regels van het geloof. Van een hiërarchische ordening is geen sprake. Dooyeweerts theorie is er juist op gericht de eigen aard van elke ‘modale sfeer’ zo veel mogelijk te respecteren. Desalniettemin onderscheidt Dooyeweerd een duidelijke ‘opbouw’ van sferen die zijn grondslag vindt in de gedachte dat de ene modale sfeer de andere mogelijk maakt. Zo kan de mens alleen een ‘voelend wezen’ zijn wanneer hij ook als ‘fysisch wezen’ bestaat; dat wil evenwel niet zeggen dat het ‘psychische aspect’ van het individu geheel valt te reduceren tot het ‘biotische aspect’ van zijn lichamelijkheid. In soortgelijke zin beschrijft Dooyeweerd de verhouding van de staat ten opzichte van andere samenlevingsverbanden als het gezin, de vereniging, de school en de kerk. Die laatste kringen kunnen alleen bestaan bij de gratie van een publieke orde waarbij een overheid als monopolist de zwaarmacht uitoefent over een bepaald territorium. Dat de staat aldus een ‘funderende functie’ vervult, betekent niet dat hij de op hem voortbouwende kringen geheel absorbeert.<sup>27</sup> Op grond van de ‘zinsverscheidenheid’ van de tijdelijke werkelijkheid beschikt elke modale sfeer immers over een eigen, ook door de staat te respecteren ‘zinskern’ die wordt beheerst door eigen regels en beginselen.<sup>28</sup>

### 3. PUBLIEK- EN PRIVAATRECHT

De uitgangspunten van antireductionisme en zinsverscheidenheid vertalen zich in Dooyeweerts rechtsleer in verschillende fundamentele ‘antinomieën’ die voor Tak en Teunissen een onmiddellijke inspiratiebron zijn. Antinomieën zijn tweepolige begrippenparen waarvan de uiteinden onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden maar niet tot elkaar vallen te reduceren. Bijzonder relevant is in dit verband het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. In een recente studie naar Dooyeweerts gedachtegoed beschrijft Chaplin Dooyeweerts visie op de geschiedenis als een ‘process of disclosure’, waarbij menselijk handelen ‘ever deeper layers of cultural possibility and moral meaning’ zou hebben blootgelegd.<sup>29</sup> In de middeleeuwen was van een onderscheid tussen publiek- en

25 Dooyeweerd 1935-1936, deel 2, p. 53 e.v.; zie verder o.a. Chaplin 2011, p. 55-70; Hengstmengel 2010, p. 13-15; Cliteur 1983, p. 201-204; Woldring 2013, p. 99 e.v.

26 Zie o.a. Kuiper 1880.

27 De door de staat gefundeerde sociale sferen zijn volgens Dooyeweerd met de staat vervlochten zonder er geheel in op te gaan. Hij duidt dit aan als ‘enkapsis’, waarbij zij nauw met de staat zijn verweven maar toch een vergaande interne soevereiniteit behouden. Zie o.a. Dooyeweerd 1935-1936, deel 3, p. 365 e.v.

28 Vgl. o.a. Cliteur 1983, p. 209-210.

29 Chaplin 2011, p. 71-72.

privaatrecht nog geen sprake; dat tijdperk wordt in de ogen van Dooyeweerd daarom beheerst door een ‘ongedifferentieerdheid der samenlevingsbetrekkingen’ die karakteristiek zou zijn voor ‘het [...] nog niet ontsloten cultuurpeil’ van primitieve beschavingen. Vanaf de vroegmoderne tijd zou evenwel een ‘differentiëringsproces’ op gang zijn gekomen dat uiteindelijk leidde tot de scheiding van publiek- en privaatrecht.<sup>30</sup> In de middeleeuwen leefde de mens in ‘ongedifferentieerde samenlevingsverbanden’ die hem volledig absorbeerden. Als individuele persoon kon hij zich daarom niet goed ontwikkelen. Van een burgerlijke private rechtssfeer als ‘asyl en burcht voor zijn persoonlijke onafhankelijkheid’ was in het feodale stelsel geen sprake. Daarin kwam pas verandering ten gevolge van een cultuurhistorische ontwikkeling waarbij publieke ambten en private vermogensrechten rigoreus van elkaar werden gescheiden.<sup>31</sup>

Met dat differentiëringsproces ontstond enerzijds een publieke orde die geheel op het algemeen belang is gericht. Anderzijds werd de rechtssubjectiviteit van elk afzonderlijk individu gecodificeerd in het moderne burgerlijk recht. Daarmee zagen twee soorten verhoudingen het licht. Ten eerste ontstonden ‘maatschapsverhoudingen’ waarbij ‘de mensen gecoördineerd naast elkander fungeeren’ zonder enige ‘gezags- en ondergeschiktheidsverhouding’. In de sfeer van de maatschapsverhoudingen heerst geen ‘solidaire eenheid’, maar juist een ‘gedifferentieerde veelheid’, zodat het individu niet ten volle opgaat in een groter geheel, maar een betrekkelijk zelfstandige positie behoudt.<sup>32</sup> Ten tweede ontstonden ‘gemeenschapsverhoudingen’ of ‘interne verbandsverhoudingen’, gedefinieerd als ‘min of meer duurzame samenlevingsrelaties waarin de leden tot een interne sociale eenheid verbonden zijn’. Anders dan maatschapsverhoudingen kunnen gemeenschapsverhoudingen zonder hiërarchische ordening niet bestaan.<sup>33</sup> Gemeenschapsverhoudingen bestaan onder andere op het niveau van de staat, begrepen als de ‘monopolistische organisatie van de zwaarmacht over een zeker territoriaal begrensd cultuurgebied’. Daarnaast bestaan gemeenschapsverhoudingen binnen organisaties waarvoor de staat een ‘funderende functie’ vervult, zoals bedrijven, scholen en kerken. Ook voor maatschapsverhoudingen zou het instituut van de staat onmisbaar zijn. Gelijkaardige verhoudingen tussen individuen zouden alleen kunnen bestaan bij de gratie van een almachtige publieke orde die individuen bevrijdt uit onderlinge particuliere afhankelijkheidsverhoudingen.<sup>34</sup>

Maatschaps- en gemeenschapsverhoudingen zijn derhalve onderling nauw verbonden; naar Van Eikema Hommes betoogt zijn zij *correlaat* omdat zij elkaar over en weer veronderstellen. Het zou van het grootste belang zijn dat geen van beide categorieën de overhand krijgt. Zo leidt de ‘verabsolutering van gemeenschapsverhoudingen’ tot een ‘sociologisch universalisme’ waarbij de mens slechts wordt gezien als een deel van een totaalstructuur; zijn individualiteit kan daarbinnen niet gedijen. Omgekeerd brengt ‘verabsolutering van maatschapsverhoudingen’ juist een ‘sociologisch individualisme’ teweeg dat de publieke orde verwoest die voor de verwezenlijking van gelijke maatschapsver-

30 Dooyeweerd 1967, p. 166 en p. 70, waar hij de ‘differentiëring der cultuur’ beschouwt als ‘maatstaf voor de historische ontwikkeling’. Vgl. ook Van Eikema Hommes 1983, p. 30.

31 Dooyeweerd 1967, p. 166-167.

32 Dooyeweerd 1935-1936, deel 2, p. 131-132; Van Eikema Hommes 1986, p. 124-125.

33 Zie o.a. Van Eikema Hommes 1986, p. 124.

34 Zie o.a. Dooyeweerd 1935-1936, deel 3, p. 358 e.v.

houdingen juist een essentiële voorwaarde is.<sup>35</sup> Een ware rechtsstaat doet daarom recht aan het *gemeenschapsrecht* enerzijds en het *maatschapsrecht* anderzijds. Het betreft hier ‘transcendentale gezichtspunten’ die zich van het positiefrechtelijke onderscheid tussen publiek- en privaatrecht niets aantrekken.<sup>36</sup> *Gemeenschapsrecht* richt zich uitsluitend op het algemeen belang, terwijl *maatschapsrecht* slechts het belang van het individu op het oog heeft.<sup>37</sup> Dooyeweerd ziet dit gespiegeld in het door Aristoteles geïntroduceerde begrippenpaar van *verdelende* en *correctieve* rechtvaardigheid, waarbij de eerste rechtvaardigheidsvorm betrekking heeft op een rechtvaardige verdeling van rechten en goederen over de leden van de samenleving als geheel en de tweede op herstel van verstoorde rechtsverhoudingen tussen concrete partijen.<sup>38</sup> Ten opzichte van elkaar staan verdelende en correctieve rechtvaardigheid vaak op gespannen voet; de kunst is in dergelijke gevallen aan beide categorieën recht te doen.<sup>39</sup>

Daarbij benadrukt Dooyeweerd dat hij deze begrippen anders verstaat dan Aristoteles zelf, die door hem van ‘sociologisch universalisme’ wordt beschuldigd. Als gemeenschapsdenker zou hij de ‘wezensnatuur van den mensch’ te veel zoeken in het lidmaatschap van de *polis* als alomvattend organisch geheel. Door in zijn theorie uit te gaan van een zeker primaat van de stadstaat boven de private kring van de *oikos* legde Aristoteles de kiem voor de ‘theoretische nivelleering’ van de ‘interne structuurprincipes’ van niet-statelijke verbanden en uiteindelijk ook voor de veronachtzaming van de autonomie van elk op zichzelf staand individu.<sup>40</sup> De universalistische aard van zijn denken keert volgens Dooyeweerd ook terug in zijn rechtvaardigheidstheorie, waarin correctieve, op individuen gerichte rechtvaardigheid slechts zou gelden als *species* van de op het gemeenschapsbelang gerichte verdelende rechtvaardigheid.<sup>41</sup> De ‘absorptie van het individu’, die Dooyeweerd aldus terugvoert op Aristoteles, wordt in de middeleeuwen voortgezet door wijsgeren als Thomas, die de mens beschouwt als een gemeenschapswezen dat alleen als lid van de ‘mystieke lichamen’ van de kerk en een alomvattende staat als wereldlijke *societas perfecta* tot zijn recht kan komen.<sup>42</sup> Aan afzonderlijke individuen en de door hen gevormde ‘niet-staatkundige gemeenschappen’ biedt de ‘universalistische’ ideologie van Thomas onvoldoende ruimte.<sup>43</sup> Van erkenning van zelfstandige individuele

35 Van Eikema Hommes 1986, p. 126-127: ‘Tegenover het sociologisch universalisme en individualisme moeten we vasthouden aan de *gelijkwaardigheid* van maatschaps- en gemeenschapsverhoudingen. De gemeenschapsverhoudingen mogen niet boven de maatschapsverhoudingen, en omgekeerd, worden gesteld.’

36 Zie o.a. Van Eikema Hommes 1986, p. 132.

37 Zie o.a. Dooyeweerd 1935-1936, deel 3, p. 580 e.v.; Van Eikema Hommes 1986, p. 132 e.v.

38 Aristoteles, *EN* 1129a e.v.

39 Dooyeweerd 1953-1958, deel 3, p. 213; Dooyeweerd 1965, p. 52; Van Eikema Hommes 1986, p. 134-135.

40 Dooyeweerd 1935-1936, deel 3, p. 139 e.v.

41 In werkelijkheid lijkt het erop dat Aristoteles de verdelende en correctieve rechtvaardigheid als twee elkaar deels overlappende, maar desalniettemin onderscheiden, niet tot elkaar te reduceren rechtvaardigheidsvormen beschouwt. Zie o.a. Veraart 2005, p. 33 e.v.

42 Zie verder o.a. Arendt 1958, p. 22, waar Arendt Thomas’ interpretatie van Aristoteles’ mensbeeld (‘*homo est naturaliter politicus, id est, socialis*’) fel bestrijdt. Zie ook hierboven, hoofdstuk 2, § 3; Dooyeweerd 1935-1936, deel 3, p. 147 e.v.

43 Dooyeweerd 1935-1936, deel 3, p. 152: ‘Thomas aanvaardt geheel de aristotelische opvatting i.z. de taxis als eenheidsprincipe der verbanden. [...] Zonder bedenking aanvaardt hij de axiologische metafysische ontwikkelingstheorie der tijdelijke samenlevingsverbanden, waarin alle niet-staatkundige ‘natuurlijke’ gemeenschappen tegenover den staat tot het *lagere* worden neergedrukt.’

rechtssubjectiviteit en de ‘interne structuurprincipes’ van niet-statelijke verbanden zou geen sprake zijn. Nog minder dan bij Aristoteles bezit de idee van ‘algemeen belang’ bij Thomas een duidelijke ‘structuurbegrenzing’ in een zelfstandig beginsel van correctieve, op individuen toegesneden rechtvaardigheid dat op geen enkele wijze kan worden gereduceerd tot *species* van een verdelende rechtvaardigheid die zich over alle rechtssubjecten uitstrekt.<sup>44</sup>

Pas met de reformatie en de daarmee samenhangende opkomst van de moderne staat werd het verstikkende ‘monisme’ van Aristoteles en Thomas in Dooyeweerd’s visie doorbroken. Aanvankelijk zouden verlichtingsdenkers als Locke van de weeromstuit de nadruk te veel op correctieve rechtvaardigheid als het ‘recht in strikte zin’ hebben gelegd.<sup>45</sup> Uiteindelijk ontstond evenwel het inzicht dat ‘verdelend’ gemeenschapsrecht en ‘correctief’ maatschapsrecht beide belangrijke ‘modaliteiten’ van rechtvaardigheid vertegenwoordigen die niet tot elkaar kunnen worden gereduceerd.<sup>46</sup> In een rechtvaardige samenleving prevaleert geen van beide. Aldus gaat Dooyeweerd uit van een gespleten rechtsbegrip dat wordt beheerst door een fundamentele antinomie tussen ‘verdelend gemeenschapsrecht’ enerzijds en ‘correctief maatschapsrecht’ anderzijds. Pas in de vroegmoderne periode zou een ‘differentiëringsproces’ op gang zijn gekomen dat aan de ‘zinsverscheidenheid’ van gemeenschaps- en maatschapsrecht voldoende recht doet. De scheiding van de ‘typische rechtskringen’ van publiek- en privaatrecht vloeit daarvoor Dooyeweerd rechtstreeks uit voort.<sup>47</sup> Wanneer het belang van de publieke gemeenschap vooropstaat, behoort het recht zich steeds in de eerste plaats te oriënteren op de onwrikbare ‘structuurbeginselen’ van het statelijke gemeenschapsrecht, ook, bijvoorbeeld, wanneer de staat optreedt als privaatrechtelijke rechtspersoon. Andersom geldt hetzelfde. De autonomie en de interne soevereiniteit van, respectievelijk, individuen en niet-statelijke organisaties dienen door de staat te allen tijde in voldoende mate te worden gerespecteerd; publieke bevoegdheden bieden daarom nooit een afdoende grondslag voor inmenging van de staat in het maatschappelijk leven.<sup>48</sup> Met andere woorden: het verschil tussen publiek- en privaatrecht is in een rechtsstaat niet *formeel* van aard, maar behelst een *materieel* onderscheid dat berust op de uiteenlopende, door God gegeven ‘structuurprincipes’ van gemeenschapsrecht enerzijds en maatschapsrecht anderzijds.

Voor Van Eikema Hommes geeft aan dergelijke ‘structuurprincipes’ een nadere juridische invulling. Het publiekrecht is volgens hem ‘gemeenschapsrecht in typische zin’ en wordt als zodanig geregeerd door het ‘representativiteitsbeginsel’, het ‘beginsel van de scheiding der machten’ en het ‘beginsel van wetmatig overheidsbestuur’. Het representativiteitsbeginsel waarborgt het ‘werkelijk democratisch karakter’ van de moderne rechtsstaat, terwijl de machtscheiding de verschillende staatsfuncties ‘in goede staatsrechtelijke verhoudingen’ stelt. Het wetmatigheidsbeginsel, ten slotte, houdt in dat ‘iedere willekeur in [publiekrechtelijke] machtsuitoefening moet worden uitgesloten’; in tegenstelling tot private personen is het overheidsbestuur steeds gebonden aan de

44 Dooyeweerd 1935-1936, deel 3, p. 153.

45 Van Eikema Hommes 1986, p. 135-136.

46 Zie o.a. Dooyeweerd 1965, p. 52 e.v.

47 Van Eikema Hommes 1986, p. 132; vgl. ook Dooyeweerd 1965, p. 40 e.v.

48 Dooyeweerd 1935-1936, deel 3, p. 580 e.v.

bevordering van het algemeen belang op grond van algemene wetten.<sup>49</sup> Het ‘burgerlijk privaatrecht’<sup>50</sup> is daarentegen gegroundvest op de ‘onvervreemdbare mensenrechten’ van ‘burgerlijke gelijkheid en vrijheid’ die in het burgerlijk wetboek niet op artificiële wijze worden *gecreëerd*, maar aldaar slechts worden *erkend* en *gepositieerd*. Het ‘vrijheidsbeginsel’ openbaart zich bijvoorbeeld in het uitgangspunt van privaatrechtelijke autonomie, terwijl de ‘burgerlijke gelijkheid’ vooral wordt gewaarborgd in de ‘gelijkheid van allen voor de burgerlijke wet’, waarmee een definitief einde werd gemaakt aan allerlei ‘heerlijke rechten’ en feodale privileges.<sup>51</sup> Voor *Etikettenschwindel*, waarbij de publiek- of privaatrechtelijke aard van een rechtsverhouding slechts wordt afgeleid uit het etiket dat zij krijgt opgeplakt, is vanuit dat principiële oogpunt geen plaats.<sup>52</sup> Bepalend zijn immers niet de formele omhulsels van het recht, maar alleen de materiële ‘structuurbeginselen’ die eraan ten grondslag liggen.

#### 4. INVULLENDE RECHTSLEER

De principiële rechtsopvatting van Dooyeweerd en Van Eikema Hommes keert in de theorie van Tak en Teunissen duidelijk terug. Zo keert het fundamentele dualisme van verdelend gemeenschaps- en correctief maatschapsrecht duidelijk terug in hun verwerping van de ‘tweewegenleer’, die de overheid in beginsel toestaat het algemeen belang behalve via de publiekrechtelijke weg ook met behulp van de haar toekomende privaatrechtelijke bevoegdheden te behartigen. Die leer sanctioneert in hun ogen de toepassing van typisch ‘maatschapsrechtelijke’ beginselen in gevallen waarin ‘de aard van de [...] samenlevingsverhouding’ juist onverkort vraagt om toepassing van gemeenschapsrecht.<sup>53</sup> Zoals bekend is de tweewegenleer als ‘tweepettenpraktijk’ met de ontwikkeling van de ‘doorkruisingsleer’ in arresten als *Windmill* enigszins beteugeld. Desalniettemin gaat het huidige recht onverminderd uit van de opvatting dat de overheid beschikt over ‘haar krachtens het privaatrecht toekomende bevoegdheden’ waaraan slechts een bijzondere publiekrechtelijke regeling kan derogeren; in dat opzicht houdt de Hoge Raad nadrukkelijk vast aan het centrale uitgangspunt van de gemene rechtsleer.<sup>54</sup> Van een ‘aprioristische’ overheidsbevoegdheid tot civielrechtelijk handelen is volgens Tak en Teunissen echter geen sprake.<sup>55</sup> Daarbij voeren zij met Dooyeweerd en Van Eikema Hommes aan dat het burgerlijk recht slechts de *erkenning* behelst van reeds van nature aan individuen en de door hen gevormde kringen toekomende rechten die door het burgerlijk wetboek worden

49 Van Eikema Hommes 1983, p. 62-67.

50 Het ‘burgerlijk privaatrecht’ staat in de theorie van Van Eikema Hommes tegenover ‘niet-burgerlijk privaatrecht’, dat voor een belangrijk deel wordt gevormd door het ‘interne gemeenschapsrecht’ van niet-staatelijke gemeenschappen, zoals verenigingen en de kerk. Zie in het bijzonder Van Eikema Hommes 1983, p. 80-82 en p. 88-91.

51 Van Eikema Hommes 1983, p. 82-83.

52 Vgl. voor de term ‘*Etikettenschwindel*’ o.a. Schutgens 2012, p. 16, waar het begrip treffend wordt omschreven als ‘het omwisselen van naambordjes’ door de overheid om aan rechtsbescherming voor de burger te ontkomen.

53 Teunissen 1996, p. 208; Tak 1997, p. 73 e.v.

54 HR 26 januari 1990, AB 1990/408, m.nt. G.P. Kleijn; NJ 1991/393, m.nt M. Scheltema (*Windmill*), r.o 3.2.

55 Tak 1997, p. 73.

*gecodificeerd* maar niet *ex nihilo* worden *gevestigd*. Aan de kant van de overheid is van een dergelijk aan het positieve recht voorafgaand recht geen sprake.<sup>56</sup>

Een bepaling als artikel 2:1 lid 1 BW, dat bepaalt dat de staat en enkele onder hem ressorterende openbare lichamen privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid bezitten, zou daarom niet kunnen leiden tot de conclusie dat de ‘maatschapsrechtelijke beginselen’ van burgerlijke vrijheid en gelijkheid ook op het staatsgezag zelf van toepassing zijn. De rechtspersoonlijkheid van statelijke entiteiten toont slechts aan dat het burgerlijk recht *extern* vervlochten is met de staat.<sup>57</sup> Met de codificatie van een reeds bestaand recht op rechtspersoonlijkheid heeft artikel 2:1 lid 1 niets te maken. Het betreft hier slechts een artificiële constructie die het staatsgezag de mogelijkheid geeft in het burgerlijk recht als zelfstandige juridische eenheid te fungeren. Het ‘burgerlijke kleed’ waarin de overheid zich daarbij hult doet niet af aan de in essentie *publiekrechtelijke* aard van de verhoudingen die daarbij ontstaan.<sup>58</sup> In de menselijke samenleving als complexe ‘verwevenheid van individuen en verbanden’ behoudt de staat volgens Tak steeds zijn unieke identiteit als ‘publiekrechtelijke dwanggemeenschap’ waarop andere verbanden gefundeerd zijn. Het burgerlijk wetboek zou daarbij de functie vervullen van een ‘gemeenschappelijk buizenstelsel’ dat de externe verhoudingen tussen individuen regelt en statelijke en niet-statale verbanden samenbrengt in hetzelfde juridische domein.<sup>59</sup> Het positieve burgerlijke recht faciliteert derhalve juridisch verkeer tussen individuen en verschillende sociale statelijke en niet-statale verbanden. Het civielrechtelijke ‘etiket’ dat het daarbij draagt verhuult voor Tak niet dat het ook elementen bevat die in materiële zin behoren tot het publiekrecht als het ‘interne gemeenschapsrecht van de staat’, waarmee het burgerlijk recht als typisch ‘maatschapsrecht’ slechts *extern* is vervlochten.<sup>60</sup>

De theorie van Tak en Teunissen behelst derhalve onder meer een fundamentele kritiek op oneigenlijk gebruik door de overheid van privaatrechtelijke bevoegdheden. De ‘ambtentheorie’ van Logemann, die een haarscherp onderscheid veronderstelt tussen de *staat* enerzijds en de *overheid* anderzijds, wijzen zij daarbij af als een hopeloze vorm van naïef rechtspositivisme. Logemann zag in de privaatrechtelijke rechtssubjectiviteit van staatsorganen geen probleem door deze strikt toe te schrijven aan statelijke collectieven, terwijl publiekrechtelijke bevoegdheden slechts toekomen aan krachtens publiekrecht ingestelde ambten. Die wijze van redeneren doen Tak en Teunissen af als buitengewoon ‘werkelijkheidsvreemd’. Of hij nu op grond van een publiekrechtelijke bevoegdheid de openbare orde handhaaft of namens de gemeente een contract sluit: in beide gevallen zou de burgemeester zich uitsluitend dienen te oriënteren op het abstracte algemeen belang, zodat zijn optreden in wezen steeds als publiekrechtelijk valt aan te merken.<sup>61</sup> In hun kritiek op oneigenlijk gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden gaan Tak en Teunissen veel verder dan de ‘gemengde rechtsleer’, die een oplossing ziet in de directe doorwerking van publiekrechtelijke beginselen. In die oplossing zien Tak en Teunissen geen werkelijke

<sup>56</sup> Tak 1997, p. 105-118; Teunissen 1996, p. 207 e.v.

<sup>57</sup> Teunissen 1996, p. 213.

<sup>58</sup> Zie o.a. Tak 1997, p. 117.

<sup>59</sup> Tak 1997, p. 106; Teunissen 1996, p. 213.

<sup>60</sup> Teunissen 1996, p. 212-215.

<sup>61</sup> Teunissen 1996, p. 259-263; Tak 1997, p. 201-202.



remedie, maar slechts een vorm van symptoombestrijding die het onderliggende probleem ongemoeid laat.<sup>62</sup> De directe toepasselijkheid van publiekrechtelijke beginselen doet aan het problematische karakter van privaatrechtelijke bevoegdheden aan de kant van de overheid op zichzelf niet af, zodat de ‘allesbepalende publiekrechtelijke doelstelling’ van *alle* overheidshandelen nog steeds gemakkelijk uit het zicht verdwijnt.<sup>63</sup>

Een werkelijke oplossing zien Tak en Teunissen slechts in het volle en principiële besef dat privaatrechtelijke bevoegdheden van openbare lichamen slechts gelden als de privaatrechtelijke ‘invulling’ van bevoegdheden die in feite publiekrechtelijk van aard zijn.<sup>64</sup> De bevoegdheid tot handelen voor burgers en niet-statelijke organisaties wordt ‘vóórondersteld als inherent aan [de] persoonlijkheid’ van individuele burgers, terwijl voor het staatsgezag omgekeerd de regel geldt dat het alleen over bevoegdheden beschikt voor zover de wet daarvoor voldoende specifieke ‘positieve indicaties’ biedt.<sup>65</sup> De gemengde rechtsleer bestrijdt dan wel enkele ziekelijke ‘symptomen’ van de tweewegenleer, maar geldt in meer principiële zin als een gevaarlijke ‘regressie’ van het historische differentiëringsproces dat Tak en Teunissen in navolging van Dooyeweerd en Van Eikema Hommes als constitutief aanmerken voor de ‘ware rechtsstaat’. Slechts een pragmaticus zou vrede kunnen vinden in een leer die de gespletenheid van het recht in ‘twee wezensverschillende rechtssferen’ ontkent en het ‘onzuivere’ denken in een vermenging van beide rechtsgebieden klakkeloos accepteert.<sup>66</sup> Het belang van een zuivere theorie zou stelselmatig worden veronachtzaamd. Het praktische gevolg daarvan zou zijn dat de ‘oorspronkelijke autonome vrijheden van het individu’, die voor Tak en Teunissen een onwrikbaar gegeven zijn, maar al te vaak worden verwaarloosd.<sup>67</sup> In haar pragmatische gedaante zou de gemengde rechtsleer wel iets weg hebben van de houten kop in de fabel van Phaëdrus: ‘ein Kopf, der schön sein mag, nur Schade! daß er kein Gehirn hat’.<sup>68</sup>

## 5. VRIJHEID EN BEHEERSING

Een tweede aan Dooyeweerd en Van Eikema Hommes ontleende ‘antinomie’ waarop Tak en Teunissen teruggrijpen betreft de gespleten natuur van het ‘humanistische levensideaal’. Het humanisme ziet de mens niet in de eerste plaats als onlosmakelijk deel van een alomvattend collectief, maar als zelfstandig wezen dat ook daarbuiten bestaansrecht heeft.<sup>69</sup> Als zodanig gaat het niet uit van wezenlijke verbondenheid tussen individuen, maar stelt het juist ‘de menselijke persoonlijkheid in [...] soevereine vrijheid [...] in het centrum’.<sup>70</sup> Enerzijds omvat het humanisme het ‘persoonlijkheidsideaal’ dat zich eenzijdig richt op autonome vrijheid; anderzijds behelst het humanisme het ‘beheersingsideaal’ als

62 Zie verder o.a. Tak 1997, p. 102-105, waar hij de gemengde rechtsleer onder andere beschuldigt van ‘Kurieren am Symptom’; vgl. o.a. Teunissen 2008, p. 307.

63 Tak 1993, p. 184-185.

64 Tak 1997, p. 106.

65 Tak 1993, p. 178; Teunissen 1996, p. 232-233.

66 Tak 1997, p. 104.

67 Tak 2008b, p. 26.

68 Teunissen 1996, p. 3, onder verwijzing naar Kant, *MS*, p. 230, waar Kant zich verzet tegen een principeloze ‘bloß empirische Rechtslehre’.

69 Dooyeweerd 1935-1936, deel 3, p. 151-153.

70 Dooyeweerd 1935-1936, deel 1, p. 139.



de ‘Faustische drift’ om de wereld geheel te beheersen.<sup>71</sup> Het persoonlijkheidsideaal als onbeteugeld streven naar autonome vrijheid roept het beheersingsideaal vanzelf op. Wil de mens zelf aan zijn bestaan vorm geven, dan zal hij de wereld om hem heen moeten beheersen. Paradoxaal genoeg zet het onbeteugelde streven naar autonome vrijheid op die manier een ontwikkeling in gang die de ‘zich op haar volstreckte vrijheid beroemende persoonlijkheid zelve’ juist ernstig bedreigt.<sup>72</sup> Tekenend voor de ‘overwoekering’ van het persoonlijkheids- door het beheersingsideaal acht Dooyeweerd onder meer de absolutistische theorieën van Bodin, Hobbes en Rousseau, die een uitweg uit feodale afhankelijkheidsverhoudingen elk op eigen wijze slechts gelegen zagen in de figuur van de staat als ‘rationeel beheersingsinstituut’. Die artificiële figuur werd door henzelf in het teken van de ‘autonomie en vrijheid van de menselijke persoonlijkheid’ gesteld, maar pakte voor diezelfde autonome vrijheid desastreus uit.<sup>73</sup>

Daartegenover plaatsen Dooyeweerd en Van Eikema Hommes denkers als Locke, in wiens staats- en rechtsbegrip niet het beheersings-, maar juist het persoonlijkheidsideaal zou domineren.<sup>74</sup> Waar Bodin en Hobbes de nadruk te eenzijdig leggen op de absolute handhaving van de publieke orde, is de ‘vroeg-liberale rechtsstaatsidee’ van Locke juist weer te ‘eenzijdig burgerrechtelijk gekleurd’.<sup>75</sup> In Lockes theorie staat het staatsgezag immers in het teken van de bescherming van onvervreemdbare individuele rechten op leven, de vrijheid en de eigendom (‘life, liberty and estate’).<sup>76</sup> Daarbij beperkt de staat zich in hoofdzaak tot de handhaving van een private rechtsorde waarbij ‘het vrije spel der maatschappelijke krachten’ zo weinig mogelijk belemmering ondervindt.<sup>77</sup> Waar Bodin, Hobbes en Rousseau eenzijdig de nadruk leggen op het ‘humanistische beheersingsideaal’, zou Locke aldus uitgaan van een selectief primaat van het ‘humanistische persoonlijkheidsideaal’ dat zich te eenzijdig oriënteert op individuele rechten; daarbij zou Locke al te zeer voorbijgaan aan het belang van een dwingende publieke orde die individuen bevrijdt uit private afhankelijkheidsverhoudingen.<sup>78</sup> Al met al bestaat tussen het beheersings- en het persoonlijkheidsideaal een voortdurende ‘onderlinge spanning’ die in haar ‘weergaloze dynamiek’ heeft geleid tot de vorming van de moderne rechtsstaat, maar voor diezelfde rechtsstaat ook een ernstige bedreiging vormt.<sup>79</sup> Sowieso kan van een ‘rechtsstaat’ slechts sprake zijn wanneer ‘de bescherming van leven, vrijheid en eigendom’ enerzijds en de absolute handhaving van de publieke orde anderzijds voldoende tot hun recht komen.<sup>80</sup>

71 Dooyeweerd 1935-1936 deel 1, p. 155-158.

72 Dooyeweerd 1935-1936, deel 1, p. 167, met een mooie verwijzing naar Goethes *der Zauberlehrling*: ‘Die ich rief, die Geister/Werd’ ich nun nicht los.’ Vgl. Teunissen 1996, p. 46 e.v.

73 Dooyeweerd 1950, p. 8-11; Dooyeweerd 1935-1936, deel 1, p. 171.

74 Dooyeweerd 1950, p. 11-13; Van Eikema Hommes 1981, p. 111 e.v.

75 Van Eikema Hommes 1981, p. 115; vgl. Teunissen 1996, p. 115.

76 Vgl. Teunissen 1996, p. 55.

77 Van Eikema Hommes 1981, p. 115.

78 Zie o.a. Van Eikema Hommes 1981, p. 115, waar hij Lockes idee bestrijdt dat elk individu bij het bereiken van de ‘age of discretion’ in beginsel vrij dient te zijn te kiezen onder welk staatsgezag hij zich schaaft; het door zijn voorouders gesloten ‘contract’ geldt volgens Locke niet vanzelfsprekend ook voor hem. Van Eikema Hommes stelt daartegenover dat de staat geen ‘vrije vereniging is’, met geheel vrije toe- en uittreding. In plaats daarvan is de staat volgens hem in de eerste plaats een politieke dwanggemeenschap, die haar leden in beginsel onafhankelijk van hun wil geheel omvat.

79 Couwenberg 1984, p. 15.

80 Van Eikema Hommes 1981, p. 347-349.

Tussen het humanistische ideaal van autonome vrijheid en het streven naar beheersing zou een inherente spanning bestaan die in de tijdelijke werkelijkheid nooit geheel kan worden opgelost. Dooyeweerd spreekt in dit verband van de ‘oer-antinomie’ in de grondstructuur van de moderne rechtsstaat, en Eikema Hommes van de ‘innerlijke dialectiek van het humanistische grondmotief’.<sup>81</sup> Het humanisme bevrijdt de individuele mens uit de beklemming van de ‘mystieke lichamen’ van de Roomse kerk en de staat als alomvattend wereldlijk rijk en fungeert daarmee als de drijfkracht van de moderne rechtsstaat. In zijn ‘individualistische oriëntering’ ziet het humanisme de mens niet langer als een wezen dat ‘van meet-af harmonisch [is] gebonden door een objectieve redelijke wereldorde’, maar als een vrij individu dat ‘alle banden verwerpt, welke de persoonlijkheid zich niet zelve in de rede heeft aangelegd’.<sup>82</sup> Als zodanig prijst Dooyeweerd het humanisme als de ‘saecularisatie der Christelijke, in de Reformatie weder krachtig herleeftde vrijheidsgedachte’ die de mens niet in de eerste plaats beschouwt als onlosmakelijk deel van een alomvattend collectief, maar als zelfstandig wezen dat ook daarbuiten bestaansrecht heeft.<sup>83</sup> Tegelijk is Dooyeweerd bevreesd voor de losgeslagen zelfoverschatting waarmee de humanistische gedachte gepaard zou gaan. Waar ‘het apostatische’ persoonlijkheidsideaal te veel domineert dreigt een ‘sociologisch individualisme’ dat autonome vrijheid predikt maar ontkent dat vrijheid slechts kan bestaan bij de gratie van een algemeen dwingende publieke orde. Aan de andere kant dreigt juist de ‘Faustische’ tendens tot totalitaire beheersing die het ideaal van autonome vrijheid van binnenuit vernietigt.<sup>84</sup> Van een ‘rechtsstaat’ kan slechts sprake zijn wanneer beide idealen elk afzonderlijk voldoende tot hun recht komen.<sup>85</sup> Het beheersings- en het persoonlijkheidsideaal vertegenwoordigen elk op zichzelf bepaalde waarden die nooit geheel tot elkaar kunnen worden herleid; een ware rechtsstaat vindt tussen deze idealen niet zozeer een balans als wel een duurzame wijze waarop zij beide voldoende tot uiting worden gebracht.<sup>86</sup>

Sowieso kan een bestendige rechtsstaat slechts bestaan wanneer het humanisme als verlichte ‘immanentiefilosofie’ een bedding vindt in een christelijke levensbeschouwing die Gods scheppingswil erkent als haar ‘religieuze apriori’.<sup>87</sup> Daarbij doelt Dooyeweerd met name op de aanvaarding van de ‘zin-individuele dingstructuur’ van verschillende modale sferen die met de ‘gebrokenheid’ van de tijdelijke werkelijkheid gegeven zou zijn.<sup>88</sup> Alomvattende ‘heelheid’ en ‘eenheid’ bestaat alleen bij God; als sterfelijk wezen is de mens gedoemd zijn leven te slijten in een gebroken wereld waarin geheimzinnige

81 Dooyeweerd 1935-1936, deel 1, p. 167; Van Eikema Hommes 1981, p. 58; p. 132. Zie ook Couwenberg 1974, p. 99: ‘[E]r [is] binnen onze cultuur een intrinsieke spanning aanwezig tussen: enerzijds het persoonlijkheidsideaal, gericht op volledige emancipatie van de mens [...]; en anderzijds het modern positivistische wetenschapsideaal, dat in feite tendeeert naar een steeds perfecter technocratische beheersing van de wereld.’

82 Dooyeweerd 1935-1936, deel 1, p. 154-156.

83 Dooyeweerd 1935-1936, deel 3, p. 151-153; Dooyeweerd 1935-1936, deel 1, p. 154.

84 Dooyeweerd 1935-1936, deel 1, p. 155-158; Dooyeweerd 1931, p. 19.

85 Van Eikema Hommes 1981, p. 347-349.

86 Vgl. o.a. Couwenberg 1979, volgens wie het beheersings- en het persoonlijkheidsideaal ‘logisch onverenigbaar’, maar ‘ontologisch onverbrekkelijk met elkaar verbonden’ zijn.

87 Dooyeweerd 1931, p. 93.

88 Dooyeweerd 1931, p. 114.

synthesen tussen inherent tegenstrijdige, maar onderling verbonden begrippen niet mogelijk zijn.<sup>89</sup> Dooyeweerd verzet tegen het beklemmende ‘monisme’ van filosofen als Thomas is derhalve in de eerste plaats theologisch van aard. Hoewel hij het humanisme tracht te incorporeren in zijn reformatische theorie is zijn rechtsopvatting geenszins slechts verankerd in de autonome vrijheid van het individu. Integendeel; tegen de ‘verabsolutering van het individu’ is Dooyeweerd juist fel gekant.<sup>90</sup> De ‘goddelijke scheppingsorde’ die hij voor zich ziet bevrijdt het individu weliswaar van verstikkend monisme, maar bestaat daarmee niet uit ‘atomistisch gevatte, autarke individuen’ die in beginsel nergens aan gebonden zijn.<sup>91</sup> De ‘intern soevereine’ kringen die voor die lichamen in de plaats komen dient hij immers als door God gegeven te accepteren. De theorie van Dooyeweerd bevrijdt het individu derhalve uit de ‘lichamen’ van kerk en staat als volmaakte gemeenschappen, maar integreert hem onmiddellijk weer in de zinsverscheiden ‘modale sferen’ die door God gegeven zouden zijn.

## 6. SPECTRAAL RECHT

In hun seculiere interpretatie van Dooyeweerd's filosofie geven Tak en Teunissen zich van het ‘Schriftuurlijke’ fundament onder zijn denken geen enkele rekenschap. De gebrokenheid van de wereld en de daarmee samenhangende fundamentele gespletenheid van het recht hangt voor Dooyeweerd onmiddellijk samen met de ‘zondeva' van den mensch’ waarin de ‘natuur van heel den kosmos’ zou zijn meegesleept. De ‘Calvinistische wetsidee’ houdt onder meer in dat de ‘zin-totaliteit’ of ‘boventijdelijke eenheid’ van het recht voor de mens principieel ongrijpbaar is. ‘Het zonlicht’, schrijft Dooyeweerd, ‘breekt door het prisma voor het oog uiteen in de bekende zeven kleurengamma's van het spectrum’. We zien de kleurengamma's, maar het ‘ongebroken licht’ onttrekt zich aan ons blikveld.<sup>92</sup> Het uitgangspunt van een ‘gebroken’ menselijke conditie wordt door Tak en Teunissen vertaald in een ‘autonome’ leer waarin Dooyeweerd's ‘humanistische ideaal’ is ontdaan van zijn Bijbelse inbedding. Aldus gaan Tak en Teunissen in weerwil van Dooyeweerd uit van de individuele mens als enig ‘anker’ van hun rechtsopvatting. Met de ‘Heilige Schrift’ als uitiem oriëntatiepunt hebben zij niets te maken; in plaats daarvan gaan zij uit van de ‘vrije acceptatie’ van het recht als enige bron van zijn verbindendheid.<sup>93</sup> De theologische notie van een fundamentele juridische gespletenheid transformeren zij daarbij tot een juridisch-dogmatisch begrippenkader dat zij in zijn seculiere vorm niet minder principieel hanteren.

89 Zo is de werkelijkheid volgens Couwenberg geheel doortrokken van ‘binaire polariteiten’, waaronder eeuwig/tijdelijk, absoluut/relatief, objectief/subjectief, materie/geest, vrede/strijd, liefde/agressie, vernieuwing/continuïteit etc.; zie Couwenberg 1979, p. 2 e.v.

90 Zie o.a. Dooyeweerd 1953-1958, deel 3, p. 182: [T]he absolutization of inter-individual relationships is characteristic of the individualist view of society. The latter will always seek to construe society from its supposed ‘elements’, i.e. from elementary interrelations between human individuals. From this standpoint the reality of communities [...] is generally denied. The latter are only considered fictitious unities resulting from a subjective synthesis of manifold inter-individual relations in human consciousness.’

91 Dooyeweerd 1962, p. 211.

92 Dooyeweerd 1935-1936, deel 1, p. 65-66.

93 Tak 2008b, p. 26.

Naast de scheiding tussen publiek- en privaatrecht speelt ook de ‘antinomie’ tussen de humanistische idealen van vrijheid en beheersing daarbij een prominente rol. De moderne ‘juridische differentiëring’ tussen publiek en privaatrecht zou in het teken staan van een individualiseringsproces waarbij het ‘humanistische persoonlijkheidsideaal’ volledig tot zijn recht kan komen. Een rechtsstaat waarborgt dat ‘ieder die zich binnen het staatsterritoir bevindt’ reeds op grond van zijn individuele menszijn als rechtssubject wordt erkend en op gelijke voet staat met ieder ander; in dit verband spreekt Teunissen over het ‘juridisch persoonlijkheidsbeginsel’. Het ‘persoonlijkheidsideaal’ kan evenwel niet zonder het ‘beheersingsideaal’ dat afzonderlijke rechtssubjecten integreert in een ‘ieder op het staatsterritoir omvattende publieke rechtsorde’. Een ‘wezenlijke burgerlijke rechtsorde’ zou slechts kunnen worden gefundeerd op een soevereine ‘publieke rechtsgemeenschap’ waarbinnen individuele burgerlijke rechten zijn erkend en gepositieerd.<sup>94</sup> Tak volgt een soortgelijke redenering. Daarbij gaat hij uit van een onoplosbare spanning tussen een algemene *volkswil* enerzijds en onvervreemdbare *individuele rechten* anderzijds. Aan de ene kant is de moderne staat een publieke ‘dwanggemeenschap’ van ‘overheid en onderdanen binnen een bepaald territorium’. De uitoefening van staatsmacht dient volledig ontkoppeld te zijn van particuliere belangen en verhoudingen; als ‘ware rechtsstaat’ oriënteert de publieke rechtsgemeenschap zich slechts op het abstracte algemeen belang. Aan de andere kant is de rechtsstaat tevens een rechtsgemeenschap die ‘de eigen interne rechtssferen’ van individuen en ‘niet-statelijke gemeenschapsverbanden’ erkent en eerbiedigt.<sup>95</sup> Dat betekent dat concrete ‘rechtens beschermde belangen’ van private individuen en particuliere organisaties steeds dienen te worden gerespecteerd.<sup>96</sup>

In zijn poging aan beide uitgangspunten tegelijk voldoende recht te doen gaat Tak uit van het ‘spectrale’ of ‘dimensionale’ karakter van overheidshandelingen.<sup>97</sup> Aan de ene kant vereist het ‘humanistische beheersingsideaal’ dat alle privaatrechtelijke overheidsbevoegdheden steeds gericht zijn ‘op het belang van de gemeenschap’ als geheel; alleen op die manier kan het individu worden bevrijd uit knellende private afhankelijkheidsverhoudingen. Of het overheidsorgaan een publiekrechtelijke beslissing neemt of namens de staat een privaatrechtelijke handeling verricht maakt niets uit. Of het nu gaat om een omgevingsvergunning, een subsidie, een uitkering of een overeenkomst volgens privaatrecht: in al deze gevallen neemt de overheid een beslissing die gevolgen heeft voor de wijze waarop goederen of rechten onder de leden van de publieke gemeenschap zijn verdeeld. Ieder gebruik van bevoegdheden door de overheid ontstaat daarom ‘de gerichtheid op individuele belangen’; ‘bijzondere consequenties voor het bijzondere individu’ dienen het bestuur in beginsel koud te laten.<sup>98</sup> Aan de andere kant schrijft het ‘humanistische persoonlijkheidsideaal’ juist voor dat de overheid de rechtens beschermde belangen van specifieke individuen onverkort respecteert. Beide idealen vertegenwoordigen volgens Tak ‘eigen-geaarde verschijningsvormen’ van het recht waarop de rechtsstaat zich voortdurend dient te oriënteren zonder de een ten koste van

94 Teunissen 1996, p. 76.

95 Tak 1997, p. 19.

96 Tak 1997, p. 24-25.

97 Zie met name Tak 1998.

98 Tak 1997, p. 176-177.

de ander te laten domineren. Een solide evenwicht ertussen is volgens Tak evenwel ondenkbaar; beide idealen zouden onderling onherleidbare waarden vertegenwoordigen die voor de instandhouding van de rechtsstaat elk afzonderlijk essentieel zijn.<sup>99</sup>

De spectrale aard van het recht verklaart waarom Tak en Teunissen beiden instemmen met het door Van Maarseveen geïntroduceerde onderscheid tussen *absolute* en *relatieve* onrechtmatigheid.<sup>100</sup> In hun ogen kan overheidshandelen *rechtmatig* zijn ten opzichte van de gehele rechtsgemeenschap, maar tegelijkertijd *onrechtmatig* jegens de ‘nadeellijdende particulier’. Van Maarseveen beoogde met zijn theorie een grond te formuleren voor overheidsaansprakelijkheid wegens handelingen die op zichzelf gerechtvaardigd (of zelfs geboden) zijn, maar voor bepaalde concrete burgers desalniettemin een onaanvaardbaar nadeel opleveren. Bregstein betoogde in dit verband dat dergelijke overheidshandelingen onrechtmatig zijn zolang de schade onvergoed blijft; slechts de aanvaarding van aansprakelijkheid jegens onevenredig getroffen burgers zou deze onrechtmatigheid kunnen opheffen.<sup>101</sup> Aan ‘gekunstelde’ dogmatische acrobatiek als die van Bregstein hebben Tak en Teunissen geen behoefte. Vanuit hun spectrale visie op het recht hebben zij weinig moeite met de gedachte dat overheidshandelen *erga omnes* rechtmatig en *inter partes* onrechtmatig kan zijn. Overheidshandelingen bestrijken immers verschillende domeinen en worden beheerst door verschillende idealen die elk afzonderlijk van essentiële waarde zijn en onmogelijk tot elkaar kunnen worden gereduceerd. Op grond van het *beheersingsideaal* dienen individuen te worden geïntegreerd in een overkoepelende publieke orde, waarbij de overheid zich uitsluitend dient te oriënteren op het algemeen belang. Het *persoonlijkheidsideaal* daarentegen vereist juist dat de rechtsposities van individuen niet zomaar aan dat algemene belang worden opgeofferd.<sup>102</sup>

## 7. STAAT EN MAATSCHAPPIJ

Een even fundamentele polariteit zien Tak en Teunissen tussen de nauw verbonden, maar niet tot elkaar te herleiden begrippen staat en maatschappij.<sup>103</sup> Het cultuurhistorische vooruitgangsproces van ‘differentiëring’ dat zij met Dooyeweerd veronderstellen zou enerzijds hebben geleid tot het ontstaan van de *staat* als abstracte publieke orde die uitsluitend gericht is op het algemeen belang. Anderzijds schiep het ruimte voor de *maatschappij* als private sfeer waarbinnen autonome individuen in gelijke vrijheid hun particuliere belangen najagen.<sup>104</sup> In een ‘ware rechtsstaat’ verhouden staat en maatschappij zich op duale wijze en heeft geen van beide het primaat. Voor Tak en Teunissen is dat een zeer principiële zaak. Waar de staat prevaleert dreigt een vorm van ‘totalitarisme’ waarbij

99 Tak 1998, p. 12 e.v.

100 Van Maarseveen 1954, p. 914 e.v.; Teunissen 1994, p. 163-165; Teunissen 1996, p. 170-173; Tak 1998, p. 10-12.

101 Bregstein 1951, p. 273 e.v.; zie verder o.a. De Jongh 2012, p. 213-218.

102 Zie met name Tak 1998, p. 10-12.

103 Teunissen 1996, p. 145 e.v.; Tak 1997, p. 52-53.

104 Teunissen 1996, p. 147: ‘Juist door de vestiging van de moderne Staat als wezenlijke publieke territoriale rechtsgemeenschap bekleed met ‘Zwangsmonopol’, onder gelijktijdige afbraak van de vroeger ongedifferentieerde rechtskringen, was er náást de Staat ruimte gekomen voor een eigen terrein van ‘natuurlijke’, vrije relaties tussen individuen, waarbinnen zij naar eigen inzicht hun private belangen konden behartigen.’

‘de overheid [...] het gehele leven [beheerst]’. De ‘ontkenning van de eigen positie’ van de staat ten opzichte van de maatschappij zou het individu daarentegen onbeschermd laten tegen maatschappelijke krachten waartegen het op zichzelf niet is opgewassen.<sup>105</sup> De autonome vrijheid van het individu is voor Tak en Teunissen steeds het centrale uitgangspunt; deze is evenwel onbereikbaar zolang het individuele rechtssubject alleen staat. Behalve op Dooyeweerd beroepen zij zich in hun pleidooi voor een dualisme tussen staat en maatschappij vooral ook op de ideeën van de Duitse staatsfilosoof Lorenz von Stein (1815-1890), die uitging van een inherente ‘Gegensatz’ tussen staat en maatschappij waarbij beide tegengestelden tegelijkertijd elkaars complement zijn.<sup>106</sup>

De scheiding tussen het publieke en het private domein is voor Von Stein niets minder dan ‘das erste Grundgesetz’ van de moderne rechtsstaat; daarbij gaat hij enerzijds uit van een ‘untrennbare Bezogenheit’ van staat en maatschappij en anderzijds ook van hun ‘strukturelles Nebeneinander’.<sup>107</sup> Anders dan Hegel ziet Von Stein de ‘bürgerliche Gesellschaft’ niet als een constituent die deel uitmaakt van de ‘Staat’ als alomvattend lichaam, maar als een juridische ruimte die zich gelijkwaardig tot de staat verhoudt en derhalve nooit geheel door de staat kan worden geabsorbeerd. Staat en maatschappij zijn ‘zwei verschiedene Gestaltungen des menschlichen Daseins’. Daaruit zou volgen dat de moderne rechtsstaat slechts kan gedijen bij de gratie van een ‘beständiger Kampf des Staats mit der Gesellschaft, der Gesellschaft mit dem Staat’.<sup>108</sup> Een ‘overwinning’ voor een van de partijen heeft desastreuze gevolgen. Een staat die het vrije maatschappelijke krachtenveld onvoldoende weerstand biedt, schept ruimte voor een allesverwoestende ‘oorlog van allen tegen allen’ waarin individuele rechtsposities niet bestendig gewaarborgd zijn. Een staat die het vrije en dynamische leven van de maatschappij te zeer overstemt, valt evenwel ten prooi aan totalitaire verstarring. Aldus behoort de staat de maatschappij niet te overheersen, maar slechts te ‘leiden en op te voeden tot een gezonde samenleving’.<sup>109</sup> Natuurlijk erkennen Tak en Teunissen dat staat en maatschappij met de opkomst van de sociale rechtsstaat nauw vervlochten zijn geraakt. Uit die vervlechting zou echter geenszins volgen dat het onderscheid in principiële zin heeft afgedaan. Daarbij beroepen zij zich onder meer op een mooi essay waarin Böckenförde betoogt dat Von Steins idee van een noodzakelijke ‘Wechselbeziehung’ tussen staat en maatschappij ook in tijden van ‘osmose’ en vervloeiing van publiek- en privaatrecht nog onverminderd actueel is.<sup>110</sup> Wanneer dat uitgangspunt wordt opgegeven zou de staat zijn bevrijdende functie niet langer kunnen vervullen en dreigt niets minder dan ‘das Ende der individuellen Freiheit’.<sup>111</sup>

---

105 Teunissen 1995, p. 296.

106 Von Stein 1921 [1850], band 1, p. xxix.

107 Böckenförde 1991, p. 178.

108 Von Stein 1921 [1850], band 1, p. xxxi.

109 Mekkes 1940, p. 528.

110 Böckenförde 2006 [1991], p. 218-219.

111 Böckenförde 2006 [1991], p. 220-221.



## 8. NIVELLERENDE RECHTSWETENSCHAP

In hun werk onderschrijven Tak en Teunissen niet alleen Böckenfördes rechtsfilosofische analyse, maar delen zij ook in de alarmistische toonzetting ervan. Zo stellen zij zich in een berucht artikel teweer tegen artikel 1.1a van de Wet milieubeheer, waarvan het eerste lid bepaalt dat ‘een ieder [...] ten opzichte van het milieu voldoende zorg in acht [neemt]’.<sup>112</sup> Met die bepaling creëert de wetgever een algemene zorgplicht aan de kant van de burger die in het publiekrecht niet thuishoort. Zo’n algemene zorgvuldigheidsnorm zou slechts op zijn plaats zijn binnen de maatschappij als domein dat wordt beheerst door het privaatrecht; in het statelijke domein van het publiekrecht is een dergelijke ongespecificeerde plicht hoogst ongepast. Tot overmaat van ramp bevat het bestreden artikel een derde lid dat bepaalt dat de overheid de in het eerste lid in het leven geroepen zorgvuldigheidsnorm steeds ook langs privaatrechtelijke weg mag handhaven. Daarin zien Tak en Teunissen een perverse praktijk waarbij de gedachte van een fundamentele gespletenheid van het recht geheel wordt losgelaten. De idee van een overheid die zich jegens burgers kan beroepen op een ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsplicht, zou een ‘Umwertung aller Werte’ behelzen die de door Tak en Teunissen voor de instandhouding van de rechtsstaat zo essentieel geachte ‘antinomieën’ tussen publiek- en privaatrecht en staat en maatschappij geheel nivelleert.<sup>113</sup> Vanuit die opvatting valt te begrijpen waarom zij hun kritiek op de Wet milieubeheer zo scherp formuleren. De controversiële titel ‘Recht ist, was der Umwelt nützt?’ zet meteen de toon; daarmee verwijzen zij immers duidelijk naar de spreuk ‘Recht ist, was dem deutschen Volke nützt, Unrecht, was ihm schadet’ zoals die onder de nazi’s breed werd aangehangen.<sup>114</sup>

Vanzelfsprekend trof Tak en Teunissen daarop het verwijt dat zij het debat op onfatsoenlijke wijze voerden.<sup>115</sup> Deels lijkt dat verwijt te berusten op een zeker onbegrip van hetgeen in hun ogen op het spel staat. In zijn recensie van Teunissens proefschrift schrijft Van der Veen bijvoorbeeld dat hij ‘van rechtsgeschiedenis’ nu eenmaal ‘weinig weet’; de historisch-theoretische hoofdstukken laat hij daarom goeddeels onbesproken. Vervolgens concludeert hij dat Teunissen met zijn scherpe kritiek op enkele ‘nivellerende’ jurisprudentiële ontwikkelingen ‘moord en brand schreeuwt’ terwijl er in werkelijkheid niet zo veel aan de hand is.<sup>116</sup> Daarmee gaat Van der Veen voorbij aan het principiële punt dat Teunissen in navolging van zijn leermeester poogt te maken. In een nadere toelichting op hun kritiek op de Wet milieubeheer leggen Tak en Teunissen uit dat zij met de provocatieve toonzetting ervan slechts in het licht wilden stellen ‘wat kan gebeuren als de rechtsstaattie van al haar inhoud wordt beroofd’.<sup>117</sup> De nivellering van het principiële onderscheid tussen staat en maatschappij zou niet verenigbaar zijn met de ‘erkenning

112 Tak & Teunissen 1994a, p. 605 e.v.

113 Teunissen 1996, p. 179.

114 Zie o.a. Hildebrandt 1935, p. 32.

115 Zie voor een scherpe reactie o.a. Lambers 1994, p. 1006-1007.

116 Van der Veen 2006, p. 293-296.

117 Tak & Teunissen 1994b, p. 343. In zijn beschouwende opstel over de Maastrichtse school schrijft Heldeweg dat de felle toonzetting van de Maastrichtenaars ook intern soms op twijfels stuitte. Zo schrijft hij dat Teunissen hem en anderen voorafgaand aan de publicatie van hun artikel in *NJB* herhaaldelijk vroegen of de titel niet te scherp gekozen was. Zie Heldeweg 1999, p. 25.



van de eigen rechtssfeer van ieder individu' zoals die te allen tijde beschermd zou moeten worden tegen het 'sociologisch universalisme' van het relationele rechtsdenken enerzijds en het 'totalitarisme' van statelijke beheersing anderzijds.<sup>118</sup> De relativering van het 'dualisme staat-maatschappij' gaat niet samen met de instandhouding van een 'ware rechtsstaat'; de gang van zaken onder fascistische en communistische gruwelregimes zou bijdragen aan het bewijs van die stelling.<sup>119</sup>

Voor velen is de scherpe toon die Tak en Teunissen dikwijls hanteren weinig bevorderlijk voor de overtuigingskracht van hun argumenten.<sup>120</sup> Hoe het ook zij: in ieder geval blijkt uit hun werk dat het bestuursrechtelijk discours voor hen meer inhoudt dan de uitwisseling van praktische of zuiver juridisch-technische argumenten. Een 'gebrek aan theoretische fundering', schrijft Tak bijvoorbeeld, houdt voor de stabiliteit van elk 'wettelijk bouwwerk' een onaanvaardbaar risico in.<sup>121</sup> Ter voorkoming van machtsmisbruik zou het in het recht noodzakelijk zijn te redeneren vanuit een aantal uitgangspunten waarmee niet valt te marchanderen.<sup>122</sup> De theoretische 'zuiverheid van het systeem' staat in Taks rechtsdenken voorop; niets zou zo praktisch zijn als een zuivere theorie, zelfs wanneer deze in de praktijk zo nu en dan tot ongewenste gevolgen leidt.<sup>123</sup> Alleen een principiële omgang met het recht biedt weerstand tegen een 'nivellerende rechtswetenschap' die de fundamentele rechtsstatelijke antinomieën tussen publiek- en privaatrecht en staat en maatschappij ontkent. Tak en Teunissen betonen zich daarbij op zijn minst even leerstellig als Dooyeweerd en Van Eikema Hommes, die hun 'Calvinistische wetsidee' stevig funderen op de 'Heilige Schrift'.<sup>124</sup> Naar Dooyeweerd meent werkt de 'humanistische wetsidee' alleen positief uit voor zover zij deel uitmaakt van een 'Calvinistische kosmologie' die de 'redelijke functies' van de autonome mens niet verabsoluteert, maar het 'hart van de menselijke existentie' zoekt in een goddelijke scheppingsorde waarin de mens een vaste plaats heeft.<sup>125</sup> Tak en Teunissen onderscheiden slechts een 'aprioristische' waarheid in de 'sinds de Verlichting algemeen aanvaarde' visie op de mens als redelijk wezen wiens totale autonomie slechts wordt begrensd door de totale autonomie van ieder ander.<sup>126</sup> Derhalve verruilen zij Gods scheppingswil voor de autonome wil van het menselijke individu en maken zij zich in zekere zin schuldig aan het filosofische reductionisme dat door Dooyeweerd zelf zo fel wordt bestreden.

Met een 'relationeel publiekrecht' is hun principiële visie in ieder geval onverenigbaar. Voor de notie van 'wederkerigheid' is volgens Tak en Teunissen hooguit ruimte binnen de maatschapsverhoudingen van het privaatrecht; in het publiekrecht als verticaal gemeenschapsrecht hoort zij niet thuis. Daarom keren zij zich fel tegen een arrest als *Kabayel*, waarin wordt aanvaard dat een vordering wegens onrechtmatige daad niet alleen door de *burger* jegens de *staat* kan worden ingesteld, maar andersom

118 Tak & Teunissen 1994b, p. 344.

119 Teunissen 1996, p. 224-226.

120 Zie o.a. Drupsteen 2006, p. 46-47.

121 Tak 2006, p. 137.

122 Zie o.a. Tak 2014, p. 2871 e.v.

123 Tak 1997, p. 11; vgl. o.a. Barkhuysen e.a. 2006, p. 149.

124 Zie o.a. Dooyeweerd 1935-1936, deel I, p. 34 e.v.

125 Zie o.a. Dooyeweerd 1931, p. 84 e.v.

126 Tak 1997, p. 20; Tak 2008a, p. 128-133.

ook door de *overheid* als hoedster van publieke belangen jegens de *burger*.<sup>127</sup> Teunissen ziet daarin een ‘bizarre omdraaiingsconstructie’ die met een ‘ware rechtsstaat’ niet verenigbaar is.<sup>128</sup> Oorspronkelijk werd het burgerlijke onrechtmatigedaadsrecht op onrechtmatig overheidsoptreden toepasselijk geacht vanwege het ontbreken van algemene onafhankelijke bestuursrechtspraak.<sup>129</sup> Dat bracht onder andere met zich mee dat ‘criteria ontleend aan de rechtsverhouding tussen burgers onderling moesten worden geadapteerd aan de rechtsverhouding tussen administratie en burger, een relatie die deels geheel andere aspecten heeft’.<sup>130</sup> Met de omkering van die constructie valt het onrechtmatigedaadsrecht in de rechtsverhouding tussen staat en burger niet langer slechts te beschouwen als een gekunsteld wapen van de burger tegen de overheid, maar vooral ook als een wapen van de overheid tegen de burger. Tegen dat wapen bieden het doorkruisingscriterium en de directe werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur het individuele rechtssubject onvoldoende bescherming.<sup>131</sup> De rechtspositie van de burger zou slechts gewaarborgd zijn bij de erkenning van diens autonome vrijheid als juridisch uitgangspunt, terwijl de overheid in beginsel steeds gebonden is aan specifieke wettelijke bevoegdheden.<sup>132</sup> Wie zulks miskent, bedrijft een ‘nivellerende rechtswetenschap’ die de rechtsstaat rechtstreeks bedreigt.<sup>133</sup>

Een verwante ontwrichtende constructie zien Tak en Teunissen in de wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, die eveneens op ‘nivellerend’ denken in ‘wederzijdse rechten en plichten’ tussen overheid en burger zou berusten.<sup>134</sup> De idee van een rechtsband tussen burger en overheid die wordt beheerst door een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, zou het historische ‘differentiëringsproces’ dat uiteindelijk leidde tot de moderne rechtsstaat miskennen en daarmee een ‘regressief karakter’ dragen.<sup>135</sup> De ‘horizontalisering’ van de verhouding tussen burger en overheid gaat in tegen de verlichte idealen die uiteindelijk resulteerden in een principieel begripmatig onderscheid tussen het publiekrechtelijke domein van de staat en het privaatrechtelijke domein van de maatschappij. Ter adstructie van zijn verzet tegen het ‘nivellerende’ bestuursrechtelijke betrekkingdenken doet Teunissen een interessant beroep op de kantiaanse staats- en rechtsleer van Zaccaria Giacometti, die net als Tak en Teunissen uitgaat van een voorstatelijke rechtsorde op grond waarvan de ‘gelijkberechtigde individuele vrijheid’ van individuele rechtssubjecten reeds is gegeven. Met de codificatie van grondrechten kan de staat de aprioristische

127 HR 18 februari 1994, *AB* 1994/415, m.nt. G.A. van der Veen (*Kabaye!*), r.o. 3.2. Zie naar aanleiding van dit arrest ook Teunissen 1996, p. 6: ‘[S]omething’s rotten, and it’s not in the state of Denmark.’

128 Teunissen 1996, p. 179.

129 Teunissen 1996, p. 158.

130 Van der Hoeven 1989, p. 154.

131 Teunissen 1996, p. 178, met de bij Tak en Teunissen gebruikelijke woedende verwijzingen naar HR 8 juli 1991, *AB* 1991/ 659, m.nt. F.H. van der Burg (*Kunst- en antiekstudio/Lelystad*) en HR 22 oktober 1993, *AB* 1994/1, m.nt. G.A. van der Veen (*Staat/Magnus*); vgl. o.a. Teunissen 1995, p. 289, Teunissen 1996, p. 189-190 en Tak 1997, p. 83-86.

132 Teunissen 1995, p. 290; vgl. o.a. Tak 1997, p. 111-112.

133 Teunissen 1995, p. 318-322.

134 *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, 3, p. 33.

135 Teunissen 1995, p. 183-186.

subjectieve rechtsaanspraken van individuen *erkennen*, maar niet *vestigen*.<sup>136</sup> Ook de burger zelf kan aan zijn natuurlijke rechtspositie niets veranderen. Daarom zou het geen zin hebben over grondrechten te spreken als ‘subjectieve rechten’; zij berusten immers steeds op de reflexwerking van onveranderlijke *objectieve* beginselen die van nature reeds gegeven zijn. Op grond daarvan schrijft Giacometti aan het door grondrechten beheerste publiekrecht een strikt *objectief* karakter toe. Werkelijke juridische *verhoudingen* zouden slechts bestaan voor zover sprake is van wederzijdse rechten en plichten en derhalve voorbehouden zijn aan het burgerlijke recht.<sup>137</sup>

‘Der Organträger’, schrijft Giacometti, dient zich in zijn gehele handelen steeds te richten naar algemene rechtsprincipes; zulks ‘involviert für ihn [...] nur Pflichten und keine subjektiven Rechte’.<sup>138</sup> Ook rechtsaanspraken van burgers jegens het bestuur berusten welbeschouwd niet op subjectieve rechten, maar op een objectieve rechtsorde waaraan ook zij onderworpen zijn. Een rechtshandeling van het bestuur jegens een burger resulteert daarom niet in een *rechtsverhouding*, maar slechts in een ‘individualisering van [...] generaal-abstrakte rechtsnormen’ die voor het concrete geval bepaalt wat het objectieve recht inhoudt.<sup>139</sup> Voor zover burger en bestuur onderling in een *betrekking* zijn verwickeld, kan deze nooit gelden als een werkelijke ‘Rechtsbeziehung’; het ontbreken van het wederkerigheidsaspect zou daartoe in de weg staan.<sup>140</sup> Paradoxaal genoeg is juist de onderwerping van het subject aan een algemene publiekrechtelijke orde voor de waarborging van individuele rechten van levensbelang. Juist een bestuursrechtelijk stelsel dat abstraheert van particuliere verhoudingen zou het individuele rechtssubject een waarborg bieden voor rechtszekerheid en individuele vrijheid.<sup>141</sup> Een stelsel dat uitgaat van een ‘wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking’ staat daarentegen toe dat de burger wordt vermorzeld door het bestuur dat zich presenteert als zijn gelijke, maar als het erop aankomt eenzijdig over hem beslist.<sup>142</sup> Een *werkelijke* rechtswetenschap redeneert daarom steeds vanuit de fundamentele ‘antinomieën’ die vanaf de vroegmoderne tijd met zoveel pijn en moeite zijn blootgelegd; *nivellering* van deze antinomieuwen zou resulteren in niets minder dan het einde van de moderne rechtsstaat.<sup>143</sup>

## 9. ‘MODEL-TAK’

Bij de vormgeving van het door hem voorgestane model van bestuursrechtspraak sluit Tak nauw bij dergelijke theoretische inzichten aan. Aanvankelijk gebeurde dat nog goeddeels impliciet. In het artikel ‘Het Moment X’, bijvoorbeeld, waarin hij zijn model lanceerde,

136 Giacometti 1960, p. 314: ‘Der Rechtsstaat wird ja durch die status libertatis des Individuums, durch die Anerkennung der Würde und Freiheit des Menschen gekennzeichnet, die [...] ihren Niederschlag in den Freiheitsrechten und politischen Rechten gefunden hat.’

137 Teunissen 1996, p. 309-311; Giacometti 1960, p. 312-313.

138 Teunissen 1995, p. 309; Giacometti 1960, p. 309: ‘Das subjektive öffentliche Recht des Organträgers als solchen ist im Rechtsstaate ein Fremdkörper.’ Vgl. o.a. Loeff 1887, p. 34.

139 Zie o.a. Teunissen 1995, p. 309, onder verwijzing naar Giacometti 1960, p. 309: ‘Auch die Ermessensfreiheit des Organträgers ist nicht ein *subjektives* Recht sondern *objektives* Recht.’

140 Teunissen 1995, p. 311-314; Giacometti 1960, p. 320-323; p. 339-341.

141 Giacometti 1960, p. 379.

142 Teunissen 1995, 314; Giacometti 1960, p. 379.

143 Teunissen 1995, p. 321-322.

stelt Tak dat de moderne rechtsstaat op twee grondslagen berust die deels overlappen, maar nooit geheel tot elkaar kunnen worden herleid. Daarbij gaat het in de eerste plaats om ‘het leggen van de gezagslijn tussen volkswil en overheidsbesluit’ en in de tweede plaats om rechtsbescherming voor de individuele burger tegen willekeurige uitoefening van overheidsmacht. Rechtsstatelijkheid valt volgens Tak uiteen in twee ‘aspecten’ die elkaar enerzijds versterken, maar anderzijds in een gespannen verhouding staan. Het *democratische aspect* van de rechtsstaat houdt in dat overheidsmacht alleen wordt ingezet ter bevordering van ‘door de volksvertegenwoordiging beoogde doeleinden’. Het *rechtsbeschermingsaspect* daarentegen garandeert ‘dat aan de burger op grondslag van bepaalde bevoegdheden geen lasten worden opgelegd die met de toekenning van die bevoegdheden niet werden beoogd’.<sup>144</sup> Daarmee gaat Tak uit van een fundamentele gespletenheid van het recht waarbij de verwezenlijking van de ‘algemene volkswil’ en individuele rechtsbescherming elkaar in een dialectische greep houden, waarbij zij elkaar complementeren zonder tot elkaar te kunnen worden herleid.

Een dergelijke gespletenheid komt duidelijk terug in de twee afzonderlijke fases waarin Tak het bestuursproces opgedeeld wil zien. Op grond van het democratische aspect van de moderne rechtsstaat zou het bestuurlijke besluitvormingsproces *geheel* in het teken moeten staan van het algemeen belang, begrepen als de optelsom van alle algemene en particuliere belangen.<sup>145</sup> De onderlinge weging van belangen vloeit voort uit de democratisch bepaalde ‘volkswil’ als enig leidend beginsel bij bestuurlijke gezagsuitoefening.<sup>146</sup> De besluitvormingsfase is gericht op de totstandkoming van een ‘besluit dat *in alle opzichten* zo juist mogelijk is’; daarbij gaat het om overwegingen van zowel juridische als beleidsmatige aard.<sup>147</sup> Essentieel is dat de uitoefening van staatsmacht volledig is ontkoppeld van de behartiging van private belangen. In de moderne rechtsstaat zou het bestuur zich uitsluitend dienen te oriënteren op het belang van de gehele ‘publieke rechtsgemeenschap’. Overheidshandelen dient in geen geval gedomineerd te worden door ‘subjectieve voorkeuren of voorrechten’, maar slechts door het objectieve recht en het algemeen belang. Elke gerichtheid op concrete belangen van individuen is geheel uit den boze; het ‘leidende beginsel’ bij overheidsoptreden kan slechts zijn gelegen in een onpersoonlijke ‘volkswil’ die zich volledig oriënteert op het abstracte algemeen belang.<sup>148</sup> Van een onderscheid tussen ‘tweepartijen-’ en ‘meerpartijenbestuursrecht’ wil Tak niets weten; voor elke overheidsbeslissing dient de algemene, van concrete *verhoudingen* geheel geabstraheerde ‘verdelende rechtvaardigheid’ (*iustitia distributiva*) het enige richtsnoer te zijn.<sup>149</sup>

De fase van *besluitvorming* culmineert in een ‘Moment X’ waarop een als definitief bedoelde ‘publiekrechtelijke rechtsbeslissing’ valt. Dan breekt de fase van *rechtsbescherming* aan die uitsluitend geënt zou moeten zijn op de waarborging van de individuele ‘civil rights and obligations’ van de burger. In de rechtsbeschermingsfase

144 Tak 1990, p. 134-135.

145 Tak 2014, p. 8.

146 Tak 1993, p. 135.

147 Tak 1990, p. 135.

148 Tak 1997, p. 19; p. 176-177.

149 Tak 1998, p. 9-10.

‘wijzigen zich alle posities’. Het bestuur treedt niet langer op als beslisser, maar als verweerder of gedaagde en legt het eindoordeel in handen van een onafhankelijke rechter. De burger transformeert op zijn beurt van insprekende partij tot ‘eiser of anderszins (derde-) belanghebbende in een juridisch geding’.<sup>150</sup> Vanaf ‘Moment X’ is nog slechts ruimte voor juridische argumenten; aan motieven van ideële, politieke en beleidsmatige aard komt geen enkel gewicht meer toe. ‘Algemeen-ideële’ en ‘algemeen-abstracte’ bespiegelingen horen in de rechtszaal niet thuis; de rechterlijke procedure dient volgens Tak niet te draaien om het overheidsbesluit *in abstracto*, maar slechts om de beweerdelijk geschonden rechtspositie van de individuele rechtzoekende *in concreto*.<sup>151</sup> Voor ‘bestuurlijk-politieke overweging en heroverweging’ is slechts plaats in de besluitvormingsprocedure, die eventueel een ‘proces van [...] bestuurlijke controle’ behelst dat niet ‘krampachtig’ vorm krijgt als ‘quasi-rechterlijk’ partijenproces, maar de gestalte aanneemt van een zuiver ‘contentieux objectif’ waarin slechts wordt bekeken of een bepaald overheidsbesluit in overeenstemming is met het algemeen belang.<sup>152</sup> In de rechterlijke fase daarentegen dient het proces strikt te worden toegesneden op de ‘publiekrechtelijke rechtsbetrekking’ tussen de overheid en een of meerdere specifieke belanghebbende particuliere partijen.<sup>153</sup>

Met het ‘betrekkingsdenken’ als dat van Achterberg heeft die ‘publiekrechtelijke rechtsbetrekking’ niets te maken. Het ‘relationele’ denken behelst dat individuele rechtsaanspraken steeds beoordeeld moeten worden in het licht van sociale en algemene maatschappelijke verhoudingen tot anderen. De ‘betrekking’ die Tak voor zich ziet is veel abstracter van aard. Op geen enkele wijze mogen individuele rechten in de rechtsbeschermingsfase worden gerelativeerd door sociale of meer algemene maatschappelijke verantwoordelijkheden jegens anderen. Voor de ‘glibberige aanwezigheid’ van bovenindividuele doelen is in zijn model geen ruimte. In plaats daarvan dient de rechter zich te concentreren op de abstracte juridische beoordeling van ‘hetgeen de aanlegger van het geschil [...] binnen diens mogelijkheden’ verlangt.<sup>154</sup> Aldus behoort hij zijn blikveld te vernauwen tot de vaststelling van de rechtsposities van de bij het geschil betrokken partijen.<sup>155</sup> De sociale en maatschappelijke context van het rechtsconflict speelt geen rol. Derhalve pleit Tak voor een rechterlijke procedure die geheel is toegesneden op de ‘subjectieve, individuele aspecten’ van overheidshandelen en overige aspecten links laat liggen. De ‘constitutionele machtscheiding’ waarvan Tak uitgaat, schrijft dat ook voor. De rechter zou slechts mogen oordelen over de ‘subjectgebonden rechtsgevolgen’ van een overheidsbesluit *inter partes*; over de juistheid van besluiten *erga omnes* zou hij zich niet mogen uitspreken. Met andere woorden: de rechter beslist slechts over de *relatieve* rechtmatigheid van overheidsbesluiten; het eindoordeel over *absolute* rechtmatigheid zou slechts toekomen aan het democratisch gelegitimeerde bestuur zelf.<sup>156</sup>

150 Tak 1990, p. 135.

151 Tak 1992, p. 71.

152 Tak 1998, p. 13; Tak 2014, p. 2875.

153 Tak 1992, p. 77.

154 Tak 2014, p. 2905-2906.

155 Tak 1998, p. 16-17.

156 Tak 1998, p. 20; Tak 2014, p. 2871.

Taks ‘gespleten’ rechtsopvatting komt ook naar voren in zijn visie op het bestuursrechtelijk dictum, dat volgens hem een *declaratoir* en een *constitutief* element dient te bevatten. Volgens zijn model spreekt de rechter zich in *declaratoire* zin uit over de vraag of de eiser onrecht is aangedaan. Het democratiebeginsel zou voorschrijven dat de rechter niet anders kan dan uitgaan van de ‘publiekrechtelijke noodzaak’ van het besluit *in abstracto*; na het ‘Moment X’ geldt die noodzaak als een gegevenheid. Wel kan de rechter nagaan of het bestuur voldoende rekening heeft gehouden met de consequenties van het overheidsbesluit voor individuele rechtzoekenden *in concreto*. Het declaratoire oordeel is vanzelfsprekend *ex tunc*: alleen aan de hand van de omstandigheden ten tijde van het bestreden overheidsbesluit kan worden vastgesteld of dit besluit jegens de appellant als onrechtmatig kan worden aangemerkt. Het *constitutieve* element daarentegen richt zich op de vaststelling van de rechtsverhouding tussen partijen *ex nunc*. Deze beslissing heeft uitsluitend werking *inter partes*. Vernietiging of het nemen van een vervangend *erga omnes* werkend besluit is voor de rechter onmogelijk; ten overstaan van de rechtsgemeenschap als geheel behoren algemeen werkende overheidsbesluiten onaantastbaar te zijn.<sup>157</sup> De rechter beperkt zich in Taks model in beginsel tot herstel van de individuele rechtspositie van de concrete rechtzoekende. Bij onverenigbaarheid van besluiten en rechterlijke uitspraken prevaleren de laatste; het in rechte afdwingbare effect van de uitspraak dient in dat geval evenwel beperkt te blijven tot de aanlegger van het geding.<sup>158</sup>

Alleen het door hem voorgestane bifasaire model komt volgens Tak aan het ‘spectrale karakter’ van het recht voldoende tegemoet. De besluitvormings- en de rechtsbeschermingsfase representeren elk van beide essentiële, nauw verbonden maar zich polair tot elkaar verhoudende aspecten van het recht waartussen een ‘juist midden’ niet bestaat. De besluitvormingsfase resulteert in besluiten die de leden van de rechtsgemeenschap integreren in een dwingende publieke orde; de rechtsbeschermingsfase waarborgt juist hun individuele rechtsposities. Voorafgaand aan het ‘Moment X’ is de algemene ‘verdelende rechtvaardigheid’ het leidende beginsel; de juridische fase erna richt zich op de ‘correctieve rechtvaardigheid’ die vraagt om herstel van geschonden individuele rechtsposities.<sup>159</sup> Alleen een model dat recht doet aan de meerdere ‘dimensies’ van publiekrechtelijke handelingen voldoet.<sup>160</sup> In geen geval dient het besluit daarbij het centrale object van het bestuursrechtelijke geding te zijn. In zijn afstandelijke positie als juridisch controleur van overheidsbesluiten is de rechter veelal onvoldoende in staat de burger te vrijwaren van de ‘reële gevolgen’ van overheidshandelingen voor zijn ‘individuele rechtspositie’. Met het nemen van een eindbeslissing door het bestuur staat de ‘absolute rechtmatigheid’ van het besluit vast; een rechter die zo’n beslissing geheel of gedeeltelijk vernietigt gaat ‘met twee billen op de bestuursstoel’ zitten.<sup>161</sup> Alleen een proces dat zich geheel richt op de vaststelling van de rechtsposities van de betrokken partijen kan die problemen omzeilen. De op subjectivering en finalisering gerichte aanpassingen van het vernietigingsberoep

157 Tak 1992, p. 82-83; Tak 2014, p. 2905-2906.

158 Tak 2014, p. 2907-2909.

159 Tak 1998, p. 9-10.

160 Tak 1998, p. 12-21.

161 Tak 2014, p. 2872-2873.



van de laatste jaren zijn ‘plastieken of pleisters’ die symptomen bestrijden maar de onderliggende ziekte ‘des te fataler laten doorwoekeren’.<sup>162</sup>

## 10. COHERENT BESTUURSRECHT

In theoretische zin is het ‘model-Tak’ met name bekritiseerd door Schreuder-Vlasblom, die ‘als enige’ een ‘openlijk dispuut’ over de grondslagen van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming niet zou hebben geschuwd.<sup>163</sup> In haar bespreking van Taks theorie maakt Schreuder-Vlasblom het essentiële verschil tussen haar eigen rechtsopvatting en die van Tak meteen duidelijk. Waar Tak uitgaat van een fundamentele gespletenheid van het recht en op grond daarvan onder andere een onoplosbare ‘antinomie’ ziet tussen ‘beheersing’ en autonome ‘vrijheid’, stelt Schreuder-Vlasblom juist dat dergelijke waarden in elkaars verlengde liggen. Tussen vrijheid en beheersing zou geen onoplosbare antinomie bestaan, maar een vloeiend continuüm waarbij steeds moet worden gezocht naar een ‘evenwichtige vrijheid in ruime zin voor allen.’ Dat betekent niet dat Schreuder-Vlasblom geloof hecht aan een ‘archimedisches punt’ van waaruit de juiste balans objectief zou kunnen worden bepaald. De ‘inhoud van [...] vrijheid’, stelt zij, ‘is ons niet als vaste Waarheid gegeven’; de strekking ervan is ‘voorwerp van eindeloos debat, dat steeds slechts tijdelijk wordt beslecht’. De rechtspositie van het individu jegens het staatsgezag is nooit vooraf reeds gegeven, maar hangt steeds af van onvolmaakte politieke besluitvorming.<sup>164</sup>

Waar Tak en Teunissen uitgaan van onoplosbare antinomieën, richt Schreuder-Vlasblom zich in haar rechtsopvatting juist op samenhang en evenwicht tussen algemene en bijzondere belangen.<sup>165</sup> Dat verschil in benadering neemt niet weg dat zij op enkele cruciale punten met Taks analyse instemt. Zo meent Schreuder-Vlasblom evenals Tak dat de wetgever de bestuursrechter heeft opge zadeld met een innerlijk tegenstrijdige opdracht die op het stelsel van bestuursrechtspraak een verlamme nde uitwerking heeft. Enerzijds vertoont het bestuursprocesrecht een subjectiverende tendens en is het geding de laatste jaren steeds meer toegesneden op hetgeen de partijen onderling verdeeld houdt. Anderzijds bleef de objectieve grondstructuur van het stelsel gehandhaafd, waarbij vernietigingsberoep tegen een besluit openstaat voor eenieder die feitelijk belanghebbende is bij zo’n besluit. Op die manier zou een ‘tweepolig procesrecht’ zijn ontstaan dat de rechter dwingt te ‘laveren tussen de roemruchte stoelen van bestuur en regelgever’ enerzijds en de ‘beruchte lege dop van de burger’ anderzijds.<sup>166</sup> Immers: de rechter kan de individuele burger slechts rechtsbescherming bieden door een door het bestuur in het algemeen belang genomen besluit geheel of gedeeltelijk te vernietigen. Met andere woorden: hij kan de concrete rechtzoekende slechts ter wille zijn door ‘met een kanon op een mug’ te schieten, zodat steeds de vraag wordt opgeworpen of het vernietigingswapen door de rechter wel in evenredigheid kan worden gehanteerd.<sup>167</sup>

<sup>162</sup> Tak 2014, p. 2873-2874.

<sup>163</sup> Zie o.a. Tak 2014, p. 2865.

<sup>164</sup> Schreuder-Vlasblom 2006, p. 5-6.

<sup>165</sup> Schreuder-Vlasblom 2004, p. 78.

<sup>166</sup> Schreuder-Vlasblom 2006, p. 30.

<sup>167</sup> Schreuder-Vlasblom 2006, p. 10; vgl. Tak 2014, p. 1887 e.v.



Daarnaast stelt Schreuder-Vlasblom zich in navolging van Tak tweemaal tegen de theoretische onzuiverheid van een begripsmatig onderscheid tussen een ‘tweepartijen-’ en een ‘meerpartijenbestuursrecht’. Bestuurshandelen dat zich uitsluitend richt tot ‘één bepaalde [geadresseerde] burger’ en ‘uitsluitend voor deze geadresseerde’ gevolgen heeft, bestaat volgens haar niet.<sup>168</sup> Of het nu gaat om ‘ordenend bestuursrecht’, het socialezekerheidsrecht of het belastingrecht: voor de overheid geldt slechts de ‘continue plicht’ het algemeen belang zo goed mogelijk te behartigen, waarbij de ‘algemene houdbaarheid’ van een besluit het enige richtsnoer mag zijn.<sup>169</sup> Met andere woorden: het bestuur mag zich slechts laten leiden door ‘hetgeen naar zijn oordeel het hem ter behartiging opgedragen algemeen belang rechtvaardigt’. Steeds dient de overheid slechts te beslissen op grond van ‘algemene, geobjectiveerde uitgangspunten’; in geen geval zou bestuurlijke besluitvorming mogen ontaarden in ‘op zichzelf staande weging van individuele belangen per geval’.<sup>170</sup> De kern van het bestuursrecht bestaat voor Schreuder-Vlasblom uit het ‘normerend, samenhangend beschikken door het bestuur’, dat steeds *erga omnes* beschikt over de verdeling van schaarse rechten en goederen.<sup>171</sup> In hun beider hang naar theoretische zuiverheid komen de visies van Tak en Schreuder-Vlasblom voor een belangrijk deel derhalve overeen. Anders dan Tak gaat Schreuder-Vlasblom evenwel niet uit van een onoplosbare *spanning* tussen algemene en bijzondere belangen, maar benadrukt zij juist dat deze in elkaars verlengde liggen. Het algemeen belang kan volgens haar niet simpelweg worden beschouwd als ‘de optelsom’ van alle te respecteren individuele belangen.<sup>172</sup> ‘Het geheel’ zou meer zijn dan de ‘som der delen’. De afweging tussen het algemeen belang en bijzondere belangen is geen *zero sum game*, waarbij winst voor de een verlies voor de ander betekent.<sup>173</sup>

Het bestuursrecht zou zich daarom niet moeten oriënteren op een ‘innerlijke dialectiek’ tussen gemeenschaps- en particuliere belangen, maar op de bekrachtiging van een ‘publieke ordening ten behoeve van de samenhangende behartiging van het algemeen belang’ waarbij uiteindelijk *alle* leden van de gemeenschap zijn gebaat.<sup>174</sup> ‘Omwille van veiligheid, bestaanszekerheid en ontplooiingsmogelijkheden van haar leden’ organiseert de samenleving zich als ‘publieke gemeenschap, die overheidsmacht wenst’. De duiding van het algemeen belang vergt daarbij een van particuliere belangen abstraherende ‘overkoepelende visie op de langere termijn’ die prevaleert boven individuele calculaties van ‘eigen winst en verlies op de korte termijn’. Een goede ruimtelijke ordening, bijvoorbeeld, dient ‘ook het belang van hen die opkomen tegen daartoe aan hen gestelde beperkingen of opgelegde lasten’. Of zij nu tegen een bepaald besluit opkomen of niet: in wezen zijn burgers elk afzonderlijk het meest gebaat bij zaken als ‘de veiligheid

168 VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 28.

169 Tak 2014, p. 3-4; vgl. verder o.a. Tak 2004b, p. 123-124.

170 Schreuder-Vlasblom 2004, p. 78; vgl. Schreuder-Vlasblom 2013, p. 6.

171 Schreuder-Vlasblom 2013, p. 22. Zie verder o.a. Schreuder-Vlasblom 2010, p. 413: ‘In het kader van de besluitvorming berust de gedachte van de meer subjectieve tweepartijenverhouding op blikvernauwing. Uitspraken e.d. zijn geen op zichzelf staande privileges, maar worden toegekend naar algemene, consistent toe te passen wettelijke en beleidsmaatstaven, omdat alleen aldus het algemeen belang kan worden gediend [...]’.

172 Zie o.a. Tak 1978, p. 88; Tak 2004b, p. 123.

173 Schreuder-Vlasblom 2013, p. 2.

174 Schreuder-Vlasblom 2013, p. 6.

van het verkeer' en 'een adequate bescherming van het milieu'. Werkelijk strijdig met individuele belangen kan een 'verantwoorde planologie' daarom nooit zijn; zo lang de 'genormeerde uitoefening van gedeeld gezag' voldoende consistentie vertoont, is zij jegens individuele burgers daarom steeds legitiem.<sup>175</sup> In de eis van consistentie vinden algemene en bijzondere belangen elkaar, zelfs wanneer de laatste voor de eerste lijken te moeten wijken. Bij coherente en onwillekeurige verwezenlijking van 'gegeneraliseerde beleidsvisies' is uiteindelijk iedereen gebaat.<sup>176</sup>

Taks schrikbeeld van een 'mechanische mierenmaatschappij' boezemt Schreuder-Vlasblom daarom weinig angst in. Integendeel: haar zorg gaat veeleer uit naar de belemmerende werking die het bestuursprocesrecht kan hebben op de slagkracht van het overheidsbestuur. Bij verwerkelijking van Taks model zou die onvoldoende zijn gewaarborgd. Ook een bestuursrechter wiens rechtsmacht zich slechts uitstrekt tot de gevolgen van overheidsbesluiten voor bepaalde individuen en derhalve strikt genomen beperkt is tot het *ius in causa positum*, zal zich niet kunnen onttrekken aan een oordeel dat veel verder strekt. Een rechter die zich uitspreekt over de concrete uitwerking van algemene normen betreedt hoe dan ook het 'objectieve speelveld' van die algemene normen zelf. De uitleg die hij aan deze normen geeft kan 'niet irrelevant zijn voor andere gevallen', 'tenzij de rechtsgelijkheid terzijde wordt gesteld'. Voor Tak, die in zijn werk voortdurend hamert op het centrale belang van gelijke vrijheid, zouden 'subjectieve trips *ad hoc*' waarbij de een wordt bevoordeeld boven de ander, ondraaglijk moeten zijn.<sup>177</sup> Verwerkelijking van Taks model zou leiden tot een 'casuïstiek van individuele bezwaren en belangen' die coherente beleidsvorming onmogelijk maakt; in plaats daarvan opteert Schreuder-Vlasblom voor een stelsel dat zich veeleer richt op de instandhouding van 'samenhangende afwegingen' en 'op het gemeenschappelijk belang gerichte normeringen'.<sup>178</sup>

Desalniettemin biedt Taks model volgens Schreuder-Vlasblom aanknopingspunten voor een alternatief dat beter voldoet dan het bestaande stelsel. In navolging van Tak meent zij dat de 'eigen aard van rechtspraak' beter tot zijn recht zou moeten komen. De 'objectieve leer', die de zin van bestuursrechtspraak vooral zoekt in algemene controle, trekt 'de rechtspraak zover in de sfeer van het besturen' dat onduidelijk wordt waarom het bestuur die taak dan niet beter zelf kan verrichten.<sup>179</sup> Door de 'subjectieve elementen in het procesrecht' in de rechterlijke fase meer te benadrukken komt de eigen taak van de rechter beter naar voren. De waarde van rechtspraak ligt in de onafhankelijkheid van de rechter, maar juist zijn ongebondenheid maakt dat hij in beginsel de legitimiteit mist om te treden in de bestuurlijke weging van tegenstrijdige belangen.<sup>180</sup> Waar het bestuur zich heeft te richten op het abstracte algemeen belang, zijn voor de rechter juist de concrete 'rechtens beschermde belangen' het centrale aanknopingspunt. Daarom meent Schreuder-Vlasblom onder meer dat de kring van beroepsgerechtigden niet in objectieve zin zou moeten bestaan uit *feitelijk-belanghebbenden*, maar toegesneden zou moeten worden tot

175 Schreuder-Vlasblom 2013, p. 3.

176 Schreuder-Vlasblom 2004, p. 78.

177 Schreuder-Vlasblom 2006, p. 18-20.

178 Schreuder-Vlasblom 2006, p. 12.

179 Schreuder-Vlasblom 2010, p. 414.

180 Schreuder-Vlasblom 2004, p. 83.

de *subjectief-recht*hebbenden bij een overheidsbesluit.<sup>181</sup> Daarmee zoekt zij aansluiting bij het Duitse recht, waarin een *Klagebefugnis* bij vernietigingsberoep (*Anfechtungsklage*) niet zonder meer toekomt aan degene die wordt geraakt door de *feitelijke gevolgen* van een besluit, maar meer specifiek aan degene die aannemelijk kan maken dat hij een inbreuk op een *recht* te verduren heeft gekregen.<sup>182</sup>

Juist door de rechterlijke procedure veel meer toe te spitsen op de subjectieve *rechts*-positie van de rechtzoekende kan het overheidsbesluit als object van het geding gehandhaafd blijven. Zulks zou essentieel zijn voor het ‘noodzakelijke behoud van samenhangende besluitvorming’. Het procesrechtelijke ‘baken’ van de individuele rechtspositie biedt de rechter een duidelijke begrenzing van zijn corrigerende werkzaamheden. Het procesrecht dient het materiële recht en niet andersom; wie dat miskent, spant ‘het paard achter de wagen’ in plaats van ervoor.<sup>183</sup> Individuele rechtsbescherming dient steeds mede in het teken te staan van coherente besluitvorming, waarbij niet alleen de belangen van direct-betrokkenen, maar die van de *gehele* rechtsgemeenschap worden meegewogen. Als gevolg van een procesmodel dat zich daar geen rekenschap van geeft, zou het materiële bestuursrecht ernstig denatureren.<sup>184</sup> Aldus dient het bestuursprocesrecht steeds ten dienste te staan aan een juiste afweging van de belangen van de publieke orde *in haar geheel*, waarbij het object van het geding nooit verengd mag worden tot de verhouding tussen een bestuursorgaan en een of meer concrete rechtzoekenden. Meer dan Tak benadrukt Schreuder-Vlasblom daarmee het belang van de staat als een kunstmatige publieke orde die abstracte handhaving verdient omdat de individuele leden van de gemeenschap daarbij uiteindelijk elk afzonderlijk gebaat zijn.

In zekere zin zijn de visies van Tak en Schreuder-Vlasblom elkaars antipoden. Voor samenhangende, op het algemeen belang gerichte besluitvorming ruimt Tak in zijn model een belangrijke plaats in, maar de nadruk ligt bij hem toch vooral bij de bescherming van de rechtsposities van afzonderlijke individuen. De zorg van Schreuder-Vlasblom daarentegen gaat met name uit naar de integriteit van de publieke orde als geheel. Van een fundamentele gespletenheid tussen de idealen van ‘beheersing’ enerzijds en ‘autonome vrijheid’ anderzijds, zoals in de theorie van Tak, is daarbij geen sprake; een dwingende algemene orde en individuele vrijheid liggen in haar ogen immers in elkaars verlengde. Dat verschil in visie neemt niet weg dat de ideeën van Tak en Schreuder-Vlasblom voor een belangrijk deel toch ook overeenstemmen. Beiden gaan uit van een model van rechtsstatelijk bestuursrecht dat vergaand abstraheert van concrete intersubjectieve *verhoudingen*. Taks bifasische model richt zich in de bestuurlijke fase op een onpersoonlijke absolute rechtmatigheid *erga omnes* en in de rechterlijke fase juist op de absolute bescherming van individuele rechten. Schreuder-Vlasbloms model is even abstract. In haar zoektocht naar een samenhangend bestuursrecht gaat zij in essentie uit van een paradox die al sinds jaar en dag kenmerkend is voor de ‘autonome’ traditie zoals vertegenwoordigd door contractsdenkens als Hobbes en Rousseau. Die paradox houdt in

181 Schreuder-Vlasblom 2010, p. 426-428; vgl. reeds Scheltema 1908, p. 266.

182 Zie o.a. De Poorter 2003, p. 13 e.v.; Marseille 2011, p. 239.

183 Schreuder-Vlasblom 2007, § 9.

184 Schreuder-Vlasblom 2013, p. 52.

dat individuele vrijheid slechts kan gedijen door individuen te verenigen in een dwingende en algemene publieke orde.

## 11. THEORIE EN PRAKTIJK

Voor het overige is de kritiek op het ‘model-Tak’ in de literatuur veelal meer pragmatisch van aard. Interessant is onder meer het verschil van inzicht over de zin van een begripsmatig onderscheid tussen een ‘meerpartijen-’ en een ‘tweepartijenbestuursrecht’ dat onder meer het belastingrecht en het socialezekerheidsrecht omvat.<sup>185</sup> Volgens Tak en Schreuder-Vlasblom berust dat onderscheid op een onwenselijke blikvernaauwing die het wezen van het bestuursrecht ernstig in gevaar brengt. Bestuursbeslissingen werken *altijd erga omnes*; dat de ‘derdenwerking’ van beschikkingen op het ene bestuursrechtelijke deelterrein geringer is dan op het andere zou geen verschil maken. Volgens velen staat een dergelijke abstracte benadering rechtvaardige oplossingen in de praktijk onnodig in de weg. Volgens Drupsteen is een onderscheid tussen besluiten met ‘een bepaald rechtsgevolg’ enerzijds en een ‘meer algemeen rechtsgevolg’ anderzijds helemaal niet zo vreemd. Het ‘grote gemak’ waarmee Tak ‘heen en weer schiet’ tussen het ‘niveau van de theoretische analyse’ naar dat van de ‘concrete vormgeving van de rechtsbescherming’ komt hem geforceerd voor. ‘[W]at betekent nu [...] de werking *erga omnes* van een belastingaanslag?’, zo vraagt hij zich retorisch af. Van de abstracte algemene werking ervan zouden rechters in ieder geval ‘niet wakker liggen’. En terecht, meent hij; de ‘juistheid van abstracte analyses’ dient volgens hem in het recht niet steeds maatgevend te zijn. Wanneer de bepaaldheid van de rechtsgevolgen van een besluit ten opzichte van concrete rechtssubjecten overheerst, bestaat volgens hem goede zin om aan de theoretische *erga-omnes*-werking ervan in de praktijk weinig waarde te hechten.<sup>186</sup>

Evenzo signaleert Schueler dat er ‘ontelbaar veel gevallen’ zijn waarin ‘de belangen van individuele derden’ zich in het te beslechten geschil op geen enkele wijze concreet manifesteren. Daarbij gaat het veelal om beschikkingen die ‘kunnen [...] worden vernietigd zonder dat de rechter buiten het kader van het individuele geval treedt’. In dergelijke zaken biedt de opzet van het vernietigingsberoep voor rechtzoekenden het voordeel van een ongecompliceerde en onmiddellijke ‘effective remedy’ die zuiver *theoretisch* misschien nog altijd bezwaarlijk kan worden gevonden, maar *praktisch* grote voordelen heeft voor de rechtzoekende burger. In Taks hang naar theoretische zuiverheid ziet Schueler een dogmatische rigiditeit die zulke voordelen nodeloos in de weg staat. Ook de dogmatisch ingestelde rechtswetenschapper heeft volgens hem de taak om ‘de empirische feiten die hij in de praktijk aantreft serieus in zijn theorie te betrekken’. In Taks geval zou dat onvoldoende zijn gebeurd. In zijn theoretische verzet tegen het besluitbegrip als object van het geding verwaarloost Tak bijvoorbeeld ‘het empirische feit’ dat het vernietigingsberoep ‘in grote aantallen zaken’ doeltreffend functioneert. Op die manier zou Tak de feiten naar zijn theorie voegen in plaats van andersom. Schueler hoopt derhalve dat Taks model nooit

<sup>185</sup> Zie o.a. VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 28.

<sup>186</sup> Drupsteen 2006, p. 39-44.

zal worden verwezenlijkt; bij diens ‘tomeloze zucht naar zuiverheid’ zou in de praktijk niemand zijn gebaat.<sup>187</sup>

Soortgelijke kritiek is afkomstig van Polak, die mede op grond van zijn lange praktijkervaring als advocaat betoogt dat invoering van het ‘model-Tak’ in het ‘tweepartijenbestuursrecht’odeloos omslachtig en in het ‘ordenend bestuursrecht’ rampzalig zou zijn. Een ‘meer civiele benadering’, waarbij de eis van de rechtzoekende vorm krijgt in een verzoekschrift, zou in gevallen waarin wordt geprocedeerd over ‘rechtstreeks uit wettelijke voorschriften af te leiden financiële aanspraken’ goed denkbaar zijn; voor het object van het geding maakt de keuze voor een verzoekschriftprocedure in plaats van het vernietigingsberoep immers nauwelijks verschil, zij het dat een verzoekschriftprocedure ‘meer juridische formuleringskunst’ vergt en daardoor een onnodige processuele drempel opwerpt. In het ‘ordenend bestuursrecht’, waarin de *erga-omnes*-werking van bestuursbesluiten zich meer concreet laat voelen, zou Taks model evenwel volkomen onwerkbaar zijn. ‘Nog meer dan andere rechtsgebieden’ vraagt het ‘ordenend bestuursrecht’ volgens Polak om rechtszekerheid, zodat een uitspraak van een rechter over een besluit steeds ook duidelijkheid voor derden zal moeten scheppen.<sup>188</sup> Op zichzelf heeft Polak respect ‘voor hen die, zoals Tak, het recht benaderen vanuit de behoefte om het te vatten in één alles omvattend systeem’. Dergelijke theoretici zouden nodig zijn voor het juridisch onderwijs en voor de verdere doordenking van het recht. Voor de praktijk van het recht zou de waarde van theoretische doordenking echter beperkt zijn. De complexe juridische werkelijkheid vraagt in Polaks ogen veeleer om een pragmatische zoektocht naar de juiste benadering.<sup>189</sup>

Anders dan Tak en Schreuder-Vlasblom presenteren Drupsteen, Schueler en Polak zich op die manier als pragmatisch georiënteerde rechtswetenschappers die niet in de eerste plaats geïnteresseerd zijn in de leerstellige zuiverheid van het recht, maar in plaats daarvan vooral in de wijze waarop het recht in de complexe werkelijkheid gestalte krijgt. Door een zwaarwegend belang toe te kennen aan de sociale context van het recht nemen zij evenwel ook zelf een belangwekkend leerstellig standpunt in. Vanuit een ‘relationele’ opvatting van het publiekrecht kan aan dat standpunt theoretisch nader gestalte worden gegeven. In een intersubjectief model van bestuursrecht is het niet nodig dat de overheid haar bevoegdheden op ‘haast autistische wijze’ uitoefent door gezagsuitoefening steeds zo veel mogelijk van elke particuliere bepaaldheid te abstraheren.<sup>190</sup> Evenmin is het relationele model gericht op de categorische bescherming van individuele rechten. Integendeel: de relationele opvatting geeft zich steeds rekenschap van de werkelijk bestaande sociale verhoudingen waarbinnen rechten en bevoegdheden worden uitgeoefend. Anders dan de ‘autonome’ modellen van Tak en Schreuder-Vlasblom biedt een intersubjectieve opvatting van het publiekrecht derhalve een duidelijke plaats aan de empirische werkelijkheid waarop de dogmatiek van het recht betrekking heeft.

187 Schueler 2007a, § 4.2; vgl. o.a. VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 76-77.

188 Polak 2006, p. 100-104.

189 Polak 2006, p. 112-114.

190 Vgl. o.a. Allewijn 2011, p. 42-44.

## 12. CONCLUSIE

Bewust of onbewust wordt ons denken over het recht ook in een gesecculariseerde moderniteit nog altijd voor een deel gestructureerd door theologische voorstellingen.<sup>191</sup> De theorie van Tak en Teunissen is daarvan een duidelijk voorbeeld. Een werkelijk begrip van hun leer slechts mogelijk tegen de achtergrond van de reformatorische wijsbegeerte van Dooyeweerd en Van Eikema Hommes, die beiden uitgaan van een door God gegeven ‘zinsverscheidenheid’ die maakt dat verschillende ‘aspecten’ van de ‘tijdelijke werkelijkheid’ niet tot elkaar kunnen worden gereduceerd. Die zinsverscheidenheid vertaalt zich onder meer in verschillende begrippenparen waarvan de polen nauw zijn verbonden maar onderling in een gespannen verhouding staan. Alleen bij God zelf kan die spanning worden opgeheven; het menselijke domein zou evenwel gekenmerkt worden door een fundamentele ‘gebrokenheid’ die Dooyeweerd en Van Eikema Hommes herleiden tot de zondeval. Hun rechtsopvatting houdt met die ‘gebrokenheid’ onmiddellijk verband. Zo gaan zij onder meer uit van een ‘aprioristisch’ onderscheid tussen het publiekrecht als verticaal georiënteerd ‘gemeenschapsrecht’ enerzijds en het burgerlijk recht ‘in typische zin’ als horizontaal ‘maatschapsrecht’ anderzijds. In verband daarmee veronderstellen zij een even fundamentele scheiding tussen ‘staat’ en ‘maatschappij’. Als publieke, op het abstracte algemeen belang gerichte orde biedt het instituut van de staat als enige een uitweg uit private afhankelijkheidsverhoudingen. Van belang is daarnaast de instandhouding van een maatschappelijke rechtssfeer die geënt is op de autonome vrijheid van afzonderlijke individuen. Alleen een samenlevingsverband dat aan beide onderling gerelateerde maar onmogelijk tot elkaar te reduceren domeinen voldoende recht doet, kwalificeert als een ‘ware rechtsstaat’.

De door Dooyeweerd en Van Eikema Hommes zo fundamenteel geachte onderscheidingen zouden aan het licht zijn gebracht door een langdurig en moeizaam ‘differentiëringsproces’ dat het individu vanaf de vroegmoderne tijd bevrijdde uit de ‘ongedifferentieerde samenlevingsverbanden’ die hem in de feodale periode geheel absorbeerden. Dat differentiëringsproces werd voortgedreven door het moderne ‘humanistische levensideaal’ dat uitgaat van het autonome individu als de bron van de staat en het wereldlijke recht. In zijn verzet tegen het ‘universalisme’ van denkers als Thomas houdt dat ideaal enerzijds in dat het individu niet langer wordt gezien als onlosmakelijk deel van een groter geheel; van de weeromstuit zou het ‘humanistische persoonlijkheidsideaal’ neigen tot een ‘verabsolutering van het individu’ die datzelfde individu uiteindelijk verweesd achterlaat. Anderzijds behelst het humanisme de ‘Faustische drift’ tot beheersing, waarbij vooruitgang wordt verwacht van een rationele orde waaraan alles en iedereen is onderworpen. Aldus wordt het humanistische ideaal beheerst door een ‘innerlijke dialectiek’ waarbij de beide uitersten voor de rechtsstaat een ernstige bedreiging vormen. Daarom zou het zaak zijn een juridische orde te scheppen waarbinnen beheersing en vrijheid geen van beide domineren. Een dergelijke ‘fundamenteel gespleten’ orde kan alleen bestendig zijn wanneer de subjecten ervan zich realiseren dat zij geen

191 Vgl. o.a. Schmitt 2004 [1922], p. 43: ‘Alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre sind säkularisierte theologische Begriffe.’



‘autark’ existierende wezens zijn, maar uiteindelijk zijn onderworpen aan een goddelijke scheppingsorde. Alleen binnen een ‘Schriftuurlijke’ bedding keert het humanistische ideaal zich ten goede; daarvan ontdaan dreigt gruwelijke ontsporing.

In hun seculiere interpretatie van de leer van Dooyeweerd en Van Eikema Hommes geven Tak en Teunissen zich van het theologische fundament van die leer geen enkele rekenschap. Dat weerhoudt hen er evenwel niet van hun begrippenkader op zijn minst even leerstellig te hanteren. Dat geldt met name voor hun visie op het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. De publiek- of privaatrechtelijke aard van een rechtsverhouding wordt in hun ogen niet bepaald door formele omhulsels en positiefrechtelijke ‘etiketten’, maar door materiële ‘structuurbeginselen’ die aan het recht ten grondslag liggen. De staat verschilt als publieke dwanggemeenschap wezenlijk van private rechtssubjecten en neemt derhalve in het recht een unieke positie in die steeds tot uiting dient te komen. Verticaal publiek ‘gemeenschapsrecht’ en horizontaal burgerlijk ‘maatschapsrecht’ worden elk afzonderlijk beheerst door eigen regels en beginselen waarvan de toepasselijkheid slechts hoort af te hangen van de *materiële* en niet van de *formele* aard van een bepaalde rechtsverhouding. Of de overheid nu namens de staat een vergunning uitdeelt, een uitkering verstrekt of een overeenkomst sluit, hoort daarbij niets uit te maken; in al deze gevallen gelden de beginselen van democratie en wetmatigheid van bestuur als centrale pijlers van publiek gemeenschapsrecht, terwijl het horizontale maatschapsrecht het beginsel van autonome vrijheid als centraal uitgangspunt hanteert.

Daarnaast gaan Tak en Teunissen uit van een fundamentele gebrokenheid van het publiekrecht zelf. In hun ‘spectrale’ of ‘dimensionale’ benadering gaan zij uit van een onoplosbare spanning tussen de verwerkelijking van de democratisch bepaalde *volkswil* enerzijds en de waarborging van individuele *rechten* anderzijds. Enerzijds dient de overheid zich te oriënteren op het abstracte algemeen belang; anderzijds vraagt de ‘ware rechtsstaat’ in beginsel om absolute eerbiediging van individuele rechtsposities. Van een ‘juist midden’ tussen die uitersten is geen sprake; in de ‘gespleten’ rechtsopvatting van Tak en Teunissen vertegenwoordigen beide dimensies essentiële, niet tot elkaar te reduceren waarden die elk afzonderlijk erkenning vergen. Daarin beoogt Taks model van bestuursrechtspraak zo goed mogelijk te voorzien. Daarbij gaat Tak uit van een ‘besluitvormingsfase’ die zich uitsluitend richt op de ‘autistische’ behartiging van het algemeen belang, terwijl de rechtsbeschermingsfase juist geënt is op de absolute waarborging van individuele rechten. Overwegingen die de bredere sociale en maatschappelijke context van overheidsbesluiten betreffen horen volgens Tak in de rechtszaal niet thuis. De abstracte juistheid van in het algemeen belang genomen overheidsbesluiten dient voor de rechter een gegeven te zijn. De vernietiging van een besluit *erga omnes* is voor hem daarom onmogelijk; in plaats daarvan beperkt de werking van zijn oordeel zich tot de concrete rechtsverhouding tussen de aanlegger van het geding en overige betrokkenen. Op die manier tracht Taks model aan de verschillende ‘dimensies’ van overheidsbesluiten elk afzonderlijk optimaal recht te doen.

In hun seculiere, maar daardoor niet minder principiële interpretatie van de leer van Dooyeweerd en Van Eikema Hommes verruilen Tak en Teunissen Gods scheppingswil voor de autonome wil van het menselijke individu. Door Dooyeweerts rechtsfilosofie te ontdoen van haar ‘geloofsaspect’ maken zij zich in zekere zin schuldig aan het filosofische



reductionisme dat door Dooyeweerd zelf zo fel wordt bestreden. Dat wil natuurlijk allerm minst zeggen dat hun ideeën geen waardevolle elementen bevatten. Zo wijzen zij terecht op het essentiële belang van theoretische doordenking van het bestuursrecht. Alleen een fundamenteel onderzoek naar de onderliggende waarden van het stelsel kan bescherming bieden tegen een pragmatische rechtsleer die tussen norm en feit geen systematisch verschil maakt. Het valt niet te ontkennen dat de scheidslijnen tussen publiek- en privaatrecht en staat en maatschappij in het moderne recht sterk zijn vervaagd. Dat betekent echter geenszins dat die onderscheidingen hun zin hebben verloren. Aan de staat als publieke dwanggemeenschap kunnen rechtssubjecten zich in beginsel onmogelijk onttrekken; alleen al daarom komt de overheid als zijn vertegenwoordiger in het recht een specifieke materiële identiteit toe die zich niet leent voor formele verhulling. Eenzelfde spanning tussen norm en feit laat zich voelen met betrekking tot Taks model van bestuursrechtspraak. Velen verwerpen dat model omdat het ‘praktisch onwerkbaar’ zou zijn. Met de normatieve waarde van de principes die eraan ten grondslag liggen heeft de praktische bruikbaarheid van Taks model echter niet per se iets te maken.

Waar sommigen zich nogal eenzijdig oriënteren op de maatschappelijke werkelijkheid van het recht, laat Tak zich leiden door de theoretische ‘zuiverheid’ ervan, die hij op haar beurt afleidt uit de mate waarin het stelsel bijdraagt aan de ‘totale autonomie van ieder mens’, slechts beperkt door de ‘even totale autonomie van ieder ander’. Derhalve heeft hij even weinig oog voor de *factiteit* van het recht als zijn tegenstanders voor de *contrafactiteit* ervan. Voor Schreuder-Vlasblom geldt iets soortgelijks. Waar Tak uitgaat van een radicale gespletenheid van het recht, behelst Schreuder-Vlasbloms rechtsopvatting juist een zoektocht naar balans en samenhang. Algemene en bijzondere belangen staan volgens haar niet tegenover elkaar, maar liggen in elkaars verlengde. Cruciaal is voor haar het inzicht dat bij een coherente publieke ordening uiteindelijk *iedereen* is gebaat, zodat deze uiteindelijk ten opzichte van elk afzonderlijk rechtssubject kan worden gelegitimeerd. De rechtsbeschermingsfase waarin Taks model voorziet zou zo’n coherente ordening ernstig verstoren. Waar Tak vooral een schrikbeeld ziet in een ‘mechanische mierenmaatschappij’ vreest Schreuder-Vlasblom juist de desintegratie van de publieke orde als geheel. De abstracte samenhang die Schreuder-Vlasblom vereist kan alleen worden verkregen door vergaand te abstraheren van particuliere verhoudingen en concrete omstandigheden. Eisen van billijkheid binnen werkelijk bestaande sociale verhoudingen spelen voor haar slechts een secundaire rol. Uiteindelijk is haar rechtsopvatting daarom niet minder ‘autonoom’ dan die van Tak en Teunissen.

Een uitweg uit de impasse kan mijns inziens slechts worden geboden door een model dat enerzijds oog heeft voor de empirische werkelijkheid van het recht, maar anderzijds ook onderkent dat het recht slechts werkelijk recht kan zijn wanneer tot op zekere hoogte van die werkelijkheid wordt geabstraheerd. Zonder vaste, niet per se uit de empirische feiten af te leiden onderliggende waarden en theoretische ankerpunten heerst slechts principeloos pragmatisme waartegen de autonome vrijheid van individuele rechten niet is opgewassen. Het werk van Tak en Teunissen is voor dat inzicht een waardevol en kostbaar monument. Anderzijds is het onverstandig de ogen te sluiten voor de ‘autonome pathologieën’ waartoe de verwezenlijking van hun ideeën aanleiding zou kunnen geven. In hun hang naar theoretische zuiverheid geven Tak en Teunissen zich nauwelijks

rekenschap van de werkelijk bestaande sociale en bredere maatschappelijke context waarin het recht functioneert. Hetzelfde geldt voor Schreuder-Vlasblom, die uitgaat van een model van publiekrecht dat sterk de nadruk legt op abstracte algemeenheid boven concrete particulariteit. Hegel beschrijft de ‘idee van het recht’ als de synthese van ‘het begrip van het recht’ en de ‘verwerkelijking van dat begrip’.<sup>192</sup> Met andere woorden: aan abstracte principes komt in het recht zelfstandige waarde toe, maar dat ontslaat ons niet van de plicht steeds opnieuw te onderzoeken hoe aan die principes in de werkelijkheid van het recht concreet gestalte moet worden gegeven.

---

<sup>192</sup> Hegel, *PhR* 1.



DEEL

3

Besluit, relativiteit, evenredigheid en *trias politica*



# VII

## BESLUIT

*De spanning tussen 'autonomie' en 'verhouding' manifesteert zich niet alleen in de theorie van het bestuursrecht, maar komt ook naar voren in meer concrete bestuursrechtelijke discussies. Het slepende debat over de positie van het besluit in het bestuursrechtelijke geding is daarvan een goed voorbeeld. De ratio van formele legaliteit die oorspronkelijk aan de keuze voor het besluit als rechtsingangscriterium ten grondslag ligt heeft in de praktijk nooit gefunctioneerd. Daarnaast is gebleken dat het klassieke, op de zuiverheid van de abstracte rechtsorde gerichte besluitenprocesrecht in de praktijk van het recht soms tot 'pathologieën' leidt die het conflictoplossende vermogen van de bestuursrechtspraak ernstig belemmeren. Onder druk van die sociale realiteit is de bestuursrechter het besluitbegrip 'strategisch' gaan hanteren en rekte hij het in dogmatische zin steeds verder op. Juist in zijn streven een 'juist midden' te vinden tussen de 'autonome' idee van formele legaliteit enerzijds en 'relationele', primair op werkelijke verhoudingen georiënteerde beginselen anderzijds creëerde de bestuursrechter daarmee een stelsel dat moeilijk werkbaar is. De wetgever heeft die situatie tot nog toe in hoofdzaak laten voortbestaan. Pas recent is hij in beweging gekomen en lijkt hij een 'groeimodel' te omarmen dat voorziet in stapsgewijze uitbreiding van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming met verzoekschriftprocedures op verschillende deelterreinen. Die procedures bieden het voordeel dat het materiële conflict niet langer meer hoeft te worden uitgevochten over de abstracte band van een 'erga omnes' genomen besluit, maar meer expliciet kan worden toegesneden op de kwestie die de bij het geschil betrokken partijen werkelijk verdeeld houdt. Vooralsnog ontbreekt evenwel een bevredigende bestuursrechtelijke theorie op grond waarvan een dergelijke uitbreiding nader gestalte kan krijgen.*

### 1. INLEIDING

Hoe komt de spanning tussen autonome en meer relationele visies op het bestuursrecht nu naar voren in meer concrete bestuursrechtelijke discussies? Ter beantwoording van die vraag presenteer ik in dit hoofdstuk een analyse van de positie van het bestuursbesluit als centraal object van het bestuursrechtelijk geding. Naar de klassieke opvatting betreft overheidshandelen in typische zin slechts de eenzijdige vaststelling van de rechtspositie van individuele rechtssubjecten. Wie zich in directe zin over andere overheidshandelingen

wenst te beklagen kan eventueel terecht bij de burgerlijke rechter of de ombudsman, maar is bij de bestuursrechter in beginsel aan het verkeerde adres. Buiten het ambtenaren- en vreemdelingenrecht en de recent ingevoerde verzoekschriftprocedure bij schadevergoeding kan men zijn conflict met de overheid slechts voorleggen aan de bestuursrechter via de band van een appellabele publiekrechtelijke rechtshandeling. Aan die gang van zaken kleven allerlei bezwaren. Anders dan de civiele procedure is de grondstructuur van het bestuursproces niet gericht op de prospectieve vaststelling rechten en plichten *inter partes*, maar op de retrospectieve toetsing van overheidsbesluiten *erga omnes*. Het abstracte toetsingsperspectief dat de rechter volgens die grondstructuur dient te hanteren doet soms afbreuk aan de integrale en effectieve behandeling en de beslechting van het concrete geschil dat de betrokken partijen verdeeld houdt.

Alom gevreesd is bijvoorbeeld het ‘gepingpong’ tussen bestuur en rechter waartoe het toetsingsmodel kan leiden. Wanneer het bestuur na vernietiging van een besluit wegens een formeel gebrek inhoudelijk hetzelfde besluit neemt, zijn de betrokken partijen in feite weer terug bij af en begint de cyclus eventueel opnieuw.<sup>1</sup> De resultaten van een omvangrijke bestuursrechtelijke ‘zoektocht naar finaliteit’ hebben de omvang van dat probleem de laatste jaren sterk teruggedrongen.<sup>2</sup> Dat betekent echter niet dat het besluitenprocesrecht steeds naar volle tevredenheid functioneert. Een prangend vraagstuk blijft met name de ‘versnippering’ van het rechtsconflict waartoe het klassieke model aanleiding kan geven. De formele beperking van de rechtsmacht van de bestuursrechter tot bestuursbesluiten maakt een ‘integrale’ juridische behandeling van het conflict bij dezelfde rechter vaak onmogelijk. Daarnaast creëert het besluitbegrip soms een veelheid aan rechtsbeschermingsmomenten en wordt hetzelfde materiële conflict verknipt in meerdere procedures bij de bestuursrechter zelf.<sup>3</sup> Naast de meer praktische problemen van ‘gepingpong’ en ‘versnippering’ is een derde bezwaar tegen het besluitmodel meer principieel van aard. De bestuursrechtelijke procedure biedt de burger een relatief laagdrempelige manier om tegen de uitoefening van het staatsgezag in het geweer te komen. Doordat die procedure alleen open staat ter bestrijding van besluiten staat de rechtzoekende betrekkelijk machteloos in andere gevallen waarin de staat hem op eenzijdige wijze zijn wil oplegt.<sup>4</sup> Met andere woorden: de objectieve grondstructuur van het klassieke bestuursproces brengt allerlei ‘autonome pathologieën’ met zich die zich vanuit de logica van het besluitenprocesrecht zelf niet zo gemakkelijk laten genezen. Daarnaast leidt de positie van het besluit als rechtsingangscriterium tot lacunes in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming die niet direct te rechtvaardigen zijn.

Sowieso past het abstracte, primair op de zuiverheid van de algemene rechtsorde georiënteerde besluitenprocesrecht slecht bij de ‘relationele’ trend waarin het bestuursrecht steeds meer wordt toegesneden op werkelijk bestaande verhoudingen en particuliere omstandigheden. Aan de hand van de actuele situatie in het ‘sociaal domein’ laat dat zich goed illustreren. De Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (hierna: Wmo 2015)

1 Zie o.a. Schueler 1994, p. 7 e.v.; Polak 2000, p. 9 e.v.

2 Scheltema 2015, p. 1; Allewijn 2011, p. 70-71.

3 Zie verder o.a. VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 20 e.v.; Schueler 2010, p. 117 e.v.; De Poorter & De Graaf 2011, p. 84-96; Van Ommeren & Huisman 2013, p. 36-42.

4 Zie o.a. Backes 2009, p. 21.

kiest voor een benadering waarin meer dan voorheen een beroep wordt gedaan op de verantwoordelijkheden van burgers voor zichzelf en voor hun naasten. Door de overheid georganiseerde ondersteuning wordt nog slechts passend geacht in de gevallen waarin burgers ‘zelf dan wel samen met personen in hun naaste omgeving’ onvoldoende zelfredzaam zijn.<sup>5</sup> Van een ‘abstract recht’ op een bepaalde voorziening op grond van een bepaald gebrek is dus niet langer sprake; in plaats daarvan hangen de door de Wmo 2015 voorziene aanspraken van hulpbehoevende burgers jegens de overheid steeds af van hun particuliere omstandigheden. Binnen het vernieuwde sociaal domein presenteert de overheid zich steeds minder als een objectieve ‘besluitenmachine’, maar neemt zij veeleer de rol aan van partij die bij haar burgers om de ‘keukentafel’ komt zitten en in samenspraak met individuele burgers en huishoudens naar oplossingen zoekt. Tegen die achtergrond ligt het niet voor de hand eventuele conflicten versnipperd uit te vechten in verschillende juridische procedures bij verschillende rechters; dat contrasteert immers met de samenhangende benadering die door de Wmo 2015 wordt nagestreefd. Daar komt bij dat de algemene, op de rechtsorde als geheel gerichte aard van het besluit in het nieuwe, sterk op specifieke omstandigheden toegesneden sociaal domein minder op de voorgrond komt te staan. Op die manier valt steeds minder goed uit te leggen dat laagdrempelige bestuursrechtelijke rechtsbescherming alleen open staat tegen besluiten en niet tegen andere overheidshandelingen. En waarom kan de burger bij de bestuursrechter eigenlijk niets ondernemen tegen de private partijen die dikwijls bij de uitvoering van overheidsbesluiten zijn betrokken?

De bezwaren tegen het besluitenprocesrecht zijn niet bepaald nieuw. Al sinds de invoering ervan in 1964 met de Wet beroep administratieve beschikkingen (Wet Bab) wordt de figuur van de publiekrechtelijke rechtshandeling als centraal object van het geding soms als knellend ervaren. Onder de Wet Bab zag de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State zich gedwongen de figuur van de beschikking als rechtsingangscriterium zeer strikt te hanteren, hetgeen leidde tot enkele onbillijke, in de literatuur zelfs als ‘absurd’ omschreven uitspraken.<sup>6</sup> Onder de in 1976 in werking getreden Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Wet Arob) betoonde de nieuwe Afdeling rechtspraak van de Raad van State zich minder rigide. Meer dan haar voorganger bleek zij soms geneigd de beknelling van het beschikkingsbegrip te omzeilen door soms buitengewoon creatief met dat begrip om te springen. Op die manier kwam de Afdeling tot op zekere hoogte tegemoet aan de behoefte aan integrale, niet op formele abstracties meer veeleer op concrete verhoudingen toegesneden bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen de overheid. Tegelijkertijd deed zij afbreuk aan het beginsel van rechtszekerheid door de formele omlijning van het beschikkingsbegrip sterk te doen vervagen.<sup>7</sup> Onder de Awb zette de jurisprudentiële ‘verdamping’ van de figuur van de publiekrechtelijke rechtshandeling zich in verhoogd tempo voort.<sup>8</sup> Het meest in het oog springt daarbij wellicht de jurisprudentie inzake ‘zelfstandige besluiten’ en ‘publieke taken’ in de tweede

5 Wmo 2015, aanhef.

6 Michiels 1987, p. 55.

7 Zie o.a. Michiels 1987, p. 245 e.v.; Tak 1984.

8 Ortlep 2008, p. 243 e.v.



helft van de jaren negentig, die door sommigen als een ‘ramp’ voor de rechtszekerheid werd beschouwd.<sup>9</sup>

Met de ‘verdamping’ van het besluitbegrip als rechtsingangscriterium kwam rond de eeuwwisseling een hevige discussie op gang over de wenselijkheid van handhaving ervan. Onder bestuursrechtwetenschappers tekende zich daarbij een draagvlak af om het besluitmodel in ieder geval op termijn en gedeeltelijk te verlaten.<sup>10</sup> In haar in 2004 verschenen rapport opteert een door het VAR-bestuur ingestelde commissie voor een scenario waarbij het besluitmodel geleidelijk wordt uitgebreid met verzoekschriftprocedures in de sfeer van het ‘omringende’ bestuursrecht. Uiteindelijk zou dit kunnen uitmonden in een ‘dual stelsel’ waarbinnen gedifferentieerd kan worden tussen een klassiek, grotendeels als ‘recours objectif’ vormgegeven vernietigingsberoep enerzijds en een subjectiever ingerichte procedure waarin de rechter zich in de eerste plaats richt op de vaststelling van rechtsverhoudingen anderzijds.<sup>11</sup> Op die manier zou stapsgewijs een competentieverdeling kunnen ontstaan waarin de bestuursrechter oordeelt over elk geschil dat voortkomt uit een bestuursrechtelijke verhouding.<sup>12</sup> In hun meer recente preadvies betogen Van Ommeren en Huisman in hoofdzaak hetzelfde.<sup>13</sup> Daarbij betogen zij onder meer dat de figuur van de ‘bestuursrechtelijke rechtsbetrekking’ niet per se verwijst naar de idee van een fundamentele, aan geschreven recht voorafgaande juridische betrokkenheid zoals verondersteld door auteurs als Hirsch Ballin, Foqué en Gribnau. De theorie van de ‘wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking’ zou ter afbakening van de competentie van de bestuursrechter veel te vaag zijn.<sup>14</sup> Liever knopen Van Ommeren en Huisman aan bij een rechtsbetrekkingsbegrip dat vasthoudt aan het besluit als de ‘harde kern’ van het bestuursrecht; van een juridische verhouding is daarbij slechts sprake op grond van een besluit of een andere handeling die daarmee rechtstreeks verband houdt.<sup>15</sup> In die zin bepleiten zij een ‘groeimodel’ dat enerzijds aansluit bij de traditionele spilpositie van het formele besluit, maar de rechtsmacht van de bestuursrechter anderzijds verbreedt tot de ‘ietwat diffusere’ periferie daarvan.<sup>16</sup>

Maar waarom geldt het bestuursbesluit eigenlijk als de ‘kern’ van het bestuursrecht en zouden andere overheids-handelingen hooguit tot een omringende ‘schil’ behoren? Waarom staat laagdrempelige bestuursrechtelijke rechtsbescherming open voor burgers die wensen op te komen tegen een besluit, terwijl burgers met klachten over stokslagen

9 Zie o.a. Kortmann 1997, p. 1327-1328.

10 VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 74; zie ook het palet aan meningen dat is opgetekend in de rubriek ‘Stelling’, *NJB* 2003, p. 1023-1027. Zie voor behoudende standpunten o.a. Daalder 1998 en Stroink 1999.

11 VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 82-92.

12 VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 91-92.

13 Van Ommeren & Huisman 2013, p. 93 e.v.; zie ook het verslag van de vergadering (VAR-reeks 151) voor de welwillende ontvangst van het preadvies. Vgl. voor overeenkomstige opvattingen verder o.a. Verheij 1999a, p. 67 e.v.; Pront-van Bommel 2002, p. 31 e.v.; Schlössels 2003, p. 53 e.v.; De Poorter & De Graaf 2011, p. 98 e.v.; De Graaf 2013, p. 305.

14 Pront-van Bommel 2002, p. 81.

15 Vegting 1954, deel 1, p. 169 e.v.; Pront-van Bommel 2002, p. 78-80; Van Ommeren & Huisman 2013, p. 43-44; De Poorter & De Graaf 2011, p. 101. Verbreding van de competentie van de bestuursrechter tot de ‘bestuursrechtelijke rechtsbetrekking’ in meer materiële zin wordt daarnaast o.a. bepleit door Schlössels 2003, p. 23 e.v., Backes 2009, p. 39 e.v. en Backes & Jansen 2010, p. 91 e.v.

16 Van Ommeren & Huisman 2013, p. 12-15.

van politieambtenaren behalve bij de ombudsman alleen terecht kunnen bij de burgerlijke rechter?<sup>17</sup> Wat bracht de wetgever er ooit toe het overheidsbesluit tot de spil van het bestuursproces te maken? Hoe valt te verklaren dat de centrale positie van het besluitbegrip vervolgens steeds meer ter discussie kwam te staan? Hoe kan de soms nogal creatieve en strategische omgang met het besluitbegrip door de bestuursrechter worden begrepen? En hoe moet het nu verder binnen het sociaal domein? Op deze vragen ga ik in dit hoofdstuk nader in. Daarbij zal ik betogen dat het debat over het besluit als centraal object van het bestuursrechtelijke geding in essentie wordt beheerst door ‘autonome’, primair ‘klassiek-rechtsstatelijk’ georiënteerde visies op het bestuursrecht enerzijds en meer ‘relationele’ opvattingen anderzijds. Van oudsher houdt de ratio van het Nederlandse besluitenprocesrecht in dat het bestuursrecht primair gericht dient te zijn op samenhangende verdeling van schaarse goederen en rechten, waarbij het algemeen belang steeds leidend dient te zijn. Zeker op terreinen die wel tot het ‘tweepartijbestuursrecht’ worden gerekend is die abstracte visie op het bestuursrecht steeds meer onder druk komen te staan. Hoe kan nu een stelsel worden geconcipieerd dat enerzijds meer recht doet aan werkelijk bestaande sociale verhoudingen, maar zich anderzijds rekenschap geeft van waardevolle elementen die besloten liggen in het klassieke model?

## 2. VORMEN VAN BESTUREN

Het bestuursbesluit heeft zijn doctrinaire wortels in het beschikkingsbegrip, waarvan Otto Mayer als de geestelijk vader kan worden beschouwd. In zijn *Deutsches Verwaltungsrecht* uit 1895 introduceert hij de *Verwaltungsakt*, omschreven als een ‘der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Unterthanen gegenüber im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll’.<sup>18</sup> Dienovereenkomstig begrijpt Jellinek de *Verwaltungsakt* als ‘jede hoheitliche Willensäußerung für den Einzelfall innerhalb der Verwaltung’.<sup>19</sup> Soortgelijke definities zijn te vinden in de Franse literatuur. Hauriou, bijvoorbeeld, omschrijft de ‘décision exécutoire’ als ‘toute déclaration de volonté en vue de produire un effet de droit, vis-à-vis des administrés, émise par une autorité administrative [...] dans une forme exécutoire’.<sup>20</sup> In Nederlandse bestuursrechtelijke literatuur werd het beschikkingsbegrip voor het eerst gehanteerd in G.A. van Poeljes *Beginselen van Nederlandsch Administratief Recht* uit 1927, waarin de beschikking wordt omschreven als de ‘wilsuiting van het tot uitvoering van de administratiefrechtelijke norm geroepen openbare orgaan’ in reactie op ‘een handeling, wensch of verlangen’ van degene voor wie de beschikking wordt genomen.<sup>21</sup> Beter uitgewerkt komt het beschikkingsbegrip ter sprake in Van der Pots belangrijke opstel ‘De vormen van het besturen’ uit 1932. De beschikking is daarin gedefinieerd als ‘de wilsverklaring van een bestuursorgaan voor een

17 Vgl. o.a. Backes 2009, p. 21.

18 Mayer 1895, p. 95.

19 Jellinek 1928, p. 239.

20 Hauriou 1927, p. 356.

21 Van Poelje 1927, p. 140 en 144.

bijzonder geval, gericht op het scheppen van een nieuwe, het wijzigen of het opheffen van een bestaande rechtsverhouding'.<sup>22</sup>

In navolging van zijn illustere Duitse en Franse voorgangers begrijpt Van der Pot de beschikking derhalve als een vorm van wetgeving voor het bijzondere geval. Als zodanig omschrijft hij de beschikking nadrukkelijk als een *eenzijdige* rechtshandeling; het feit dat een beschikking vaak volgt op een concrete aanvraag doet daaraan voor hem niet af.<sup>23</sup> In hun werking *erga omnes* verschillen beschikkingen fundamenteel van 'materieele handelingen, die in de materieele wereld een feitelijke verandering teweegbrengen'. Hoewel dergelijke handelingen in *materiële* werkelijkheid verstrekkende consequenties kunnen hebben, zijn zij voor de *juridische* werkelijkheid in Van der Pots ogen volkomen indifferent. Zo brengen het uitdiepen van een rijkskanaal, het verharderen van een weg of het bouwen van een school volgens Van der Pot slechts veranderingen teweeg in de stoffelijke wereld, niet 'in die der rechtsverhoudingen'. Wanneer het bestuur feitelijke handelingen verricht of doet verrichten, blijft het volgens Van der Pot 'op zijn eigen terrein' en raakt het niet aan de sfeer van burgers of aan die van andere bestuursorganen. Alleen op grond van een beschikking ontstaan volgens Van der Pot bestuursrechtelijk relevante juridische veranderingen; op grond daarvan ontstaan immers 'nieuwe rechten en verplichtingen' waardoor gesproken kan worden van een 'gewijzigde rechtstoestand'.<sup>24</sup> Een 'verandering in de wereld van het recht' kan de overheid alleen aanbrengen op grond van een voldoende specifieke publiekrechtelijke wettelijke regel. Dat geldt behalve voor 'belastende' ook voor 'begunstigende' beschikkingen, zij het dat Van der Pot de armslag van het bestuur in het laatste geval iets ruimer acht.<sup>25</sup>

Wanneer een beschikking op de juiste wettelijke grondslag berust, is zij volgens Van der Pot zonder meer rechtsgeldig. De overheid beschikt immers over een door de wet afgebakend 'vrij goedvinden' waarbinnen zij het algemeen belang kan dienen zoals zij dat nodig acht. Een juridisch gebrek leidt echter tot vernietigbaarheid en soms zelfs tot nietigheid. Of het eerste of het tweede het geval is hangt af van een gradueel onderscheid. Bij ernstige gebreken treedt nietigheid in, bij minder ernstige geldt de beschikking totdat zij in of buiten beroep wordt vernietigd. Binnen de volstrekt op legaliteit geënte logica van Van der Pots systeem is in de rechtsorde voor het in stand houden van de rechtsgevolgen van vernietigde beschikkingen geen plaats. '[W]anneer vernietiging op grond van strijd met het recht heeft plaatsgehad', zo schrijft hij, '[is] het effect [...] geen ander dan wanneer de beschikking volstrekt nietig ware geweest'.<sup>26</sup> Ook de figuur van een gedeeltelijke vernietiging is in Van der Pots ogen volstrekt uit den boze. Wanneer aan een beschikking een gebrek kleeft, dient deze simpelweg geheel uit de rechtsorde te worden verwijderd.<sup>27</sup> Bij het nemen van beschikkingen als 'typisch overheidshandelen' is het bestuur derhalve strikt gebonden aan de wet, die enerzijds een bestuurlijk domein definieert waar de

22 Van der Pot 1932, p. 204.

23 Van der Pot 1932, p. 217-218.

24 Van der Pot 1932, p. 202.

25 Van der Pot 1932, p. 206.

26 Van der Pot 1932, p. 206-207.

27 Zie Van der Pot 1932, p. 229, waar Van der Pot het voorbeeld noemt van een zijns inziens terecht in haar geheel vernietigde vakantieregeling voor ambtenaren van de gemeente Arnhem die per abuis ook van toepassing was op het personeel van de gemeentepolitie.

overheid geen centimeter buiten mag treden, terwijl zij anderzijds binnen dat domein in beginsel vrij is te doen en te laten wat haar goed dunkt. Buiten dat kunstmatig afgebakende domein geldt iets heel anders. In haar ‘feitelijke’ en ‘privaatrechtelijke’ optreden handelt de overheid namens de staat of een van haar lichamen en is zij niet anders dan andere rechtssubjecten geheel onderworpen aan het ‘gemene recht’.<sup>28</sup>

### 3. ‘GEMENE’ BESTUURSRECHTSPRAAK

In zijn typologie van de bestuurlijk handelen gaat Van der Pot op die manier duidelijk uit van de ‘gemene rechtsleer’, die uitgaat van het privaatrecht als het ‘gemene recht’ en het publiekrecht als artificieel domein dat van het gemene recht is uitgezonderd. Binnen dat uitzonderingsgebied torent de overheid hoog boven gewone burgers uit en is zij in staat jegens allen eenzijdig veranderingen aan te brengen in de ‘wereld van het recht’. Erbuiten is van een dergelijke verhevenheid geen sprake en valt het bestuur als vertegenwoordiger van de staat in beginsel evenals andere burgers ‘in seinem ganzen Können und Dürfen’ onder het privaatrecht als het gemene recht.<sup>29</sup> Voor Van der Pot was de ontwikkeling van de figuur van de beschikking als ‘typisch overheidshandelen’ nog een zuiver doctrinaire exercitie. Niet lang na de verschijning van diens overpeinzingen werd het begrip echter ook door de wetgever opgepikt. Een belangrijke aanzet daartoe werd gegeven door de commissie-De Monchy, die in 1946 door de Ministers van Binnenlandse Zaken en Justitie werd ingesteld om regering en parlement te adviseren over de wijze waarop de rechtsbescherming voor de burger zou kunnen worden verhoogd. Uiteindelijk resulteerde het werk van die commissie in 1964 in de inwerkingtreding van de Wet Bab, die Kroonberoep openstelde tegen beschikkingen van de centrale overheid.<sup>30</sup>

Met de bezetting nog vers in het geheugen beklemtoont Minister van Binnenlandse Zaken Beel in zijn rede bij de installatie van de commissie-De Monchy de waarde van de moderne democratische rechtsstaat; een vorm van algemene rechtsbescherming tegen de overheid beschouwt hij hiervan als een ‘noodzakelijk sequeel’. Daarbij neemt hij in ogenschouw dat met de ‘voortschrijdende sociaal-economische ordening van overheidswege’ een enorme aanwas van administratiefrechtelijke bepalingen heeft plaatsgevonden waarbij vaak zeer ruime bevoegdheden aan het bestuur zijn toegekend; meer dan in het verleden acht hij vrees voor de ‘macht der administratie’ aan de kant van burgers daarom gerechtvaardigd. Aan de andere kant, zo meent Beel, zijn juist in een tijd van wederopbouw tegen de instelling van algemene administratieve rechtspraak allerlei bezwaren in te brengen; in jaren van crisis en schaarste achtte hij slagvaardig overheidsbestuur voor de samenleving bij uitstek onmisbaar.<sup>31</sup> De commissie onderschrijft dit dilemma. De centrale functie van het staats- en bestuursrecht is volgens haar de ‘bescherming en handhaving van gerechtvaardigde gemeenschapsbelangen’. Categorische waarborgen voor de burger tegen de macht van het overheidsbestuur zouden daarom niet wenselijk zijn. ‘Niet minder dringend, soms zelfs veel dringender’ dan de abstracte

28 Zie verder o.a. Van Male 2009.

29 Krabbe 1906, p. 35; zie ook hierboven, hoofdstuk 5, § 2 en 3.

30 Vgl. o.a. De Jong 2015, p. 196 e.v.

31 Commissie-De Monchy 1950, p. vii-viii.

bescherming van individuele rechten is volgens de commissie soms de ‘krachtige en onverkorte handhaving van het openbaar belang’.<sup>32</sup>

Tegen die achtergrond maakt de commissie onderscheid tussen drie soorten overheidshandelingen. Ten eerste gaat het daarbij om de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften. Die taak komt in haar ogen exclusief toe aan de wetgever en is in beginsel van rechterlijke controle uitgezonderd. Ten tweede onderscheidt de commissie beschikkingen als typische bestuurshandelingen. Beschikkingen werken evenals algemeen verbindende voorschriften *erga omnes*, maar knopen meer concreet aan bij bepaalde personen of zaken. In geen geval mag worden vergeten dat beschikkingen primair op het algemeen belang gericht moeten zijn. Vanwege het meer concrete aanknopingspunt in de werkelijkheid acht de commissie een zekere mate van rechtsbescherming voor individuele burgers op dit terrein evenwel wenselijk. In het geval van beschikkingen met een vermogensobject, bijvoorbeeld op het terrein van belastingen, pensioenen en de sociale zekerheid, is individuele rechtsbescherming volgens de commissie reeds voldoende gewaarborgd. Naast de belastingrechter wijst de commissie daarbij op bijzondere rechterlijke colleges als de Centrale Raad van Beroep. Net als Beel ziet de commissie in de ‘enorme uitbreiding van staatsbemoeienis op economisch terrein’ een klemmende reden om de rechtsbescherming voor burgers tegen overheidsbeschikkingen ook op andere terreinen te versterken.<sup>33</sup>

Een ‘algemene rechterlijke controle’ op overheidsbeschikkingen acht de commissie echter ongewenst. Wanneer beschikkingen zonder meer bij de gewone rechter of een ander geheel onafhankelijk functionerend rechterlijk college zouden kunnen worden aangevochten, zou het algemeen belang te veel naar de achtergrond verschuiven. Liever vertrouwt de commissie een eindoordeel over beschikkingen toe aan het bestuur zelf; als uitgangspunt hanteert zij daarbij dat het oordeel over beschikkingen zonder vermogensobject in beginsel in laatste instantie zou moeten toekomen aan ‘de Kroon, de Afdeling voor de Geschillen van Bestuur van de Raad van State gehoord’. De commissie erkent dat het daarbij om een vorm van rechtspraak gaat die niet voldoet aan ‘alle eisen, welke men gewoon is aan de burgerlijke en strafrechtelijke berechting te stellen’. Hoewel de door de commissie voorgestelde procesgang via de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State een aantal waarborgen voor goede rechtsbedeling biedt (zoals interne en externe openbaarheid) blijft het eindoordeel in haar voorstel dus voorbehouden aan het bestuur zelf, daarbij natuurlijk uitdrukkelijk gesouffleerd door de Afdeling. De commissie acht dit een aantrekkelijke tussenvorm tussen een geheel onafhankelijke rechtspraak enerzijds en zuiver bestuurlijke afdoening anderzijds. Op die manier zou aan rechtzoekenden een aantrekkelijke procesgang kunnen worden geboden in gevallen waarin, ‘krachtens de aard van het administratief recht’, vragen van beleid en recht ‘niet immer te scheiden zijn’.<sup>34</sup>

Naast de vaststelling van materiële wetten en beschikkingen onderscheidt de commissie ‘feitelijke handelingen’ als een derde categorie van overheidsgedragingen. Omdat zij niet

---

32 *Id.*, p. 2-3.

33 *Id.*, p. 3-6.

34 *Id.*, p. 5.

zouden behoren tot het ‘bestuursrecht in typische zin’ komen deze gedragingen in beginsel niet in aanmerking voor beoordeling door de bestuursrechter. In plaats daarvan zouden zij behoren tot het domein van de burgerlijke rechter als ‘restrechter’. De commissie merkt daarbij wel op dat de burgerlijke rechter hier een ‘ruimer beoordelingsterrein’ toekomt dan ‘de jurisprudentie hem tot nu toe heeft geboden’. Met name is de commissie van mening dat de ongeschreven zorgvuldigheidseisen van het onrechtmatigedaadsrecht voortaan in beginsel in volle omvang op overheidshandelingen dient te worden toegepast, behalve voor zover deze handelingen vallen onder een door de wetgever vooraf expliciet gedefinieerd ‘freies Ermessen’.<sup>35</sup> Elke daad, anders dan een beschikking of een wet, dient volgens de commissie dus als onrechtmatig te worden aangemerkt wanneer deze ‘óf in strijd is met de wet [...] óf wel strijdt met de zorgvuldigheid, welke het openbaar lichaam betaamt’. Langs deze lijnen zou een ‘hoogst eenvoudig systeem’ kunnen worden verkregen, waarbij de ‘in wezen niet te beantwoorden vraag’ naar de al dan niet ‘publiekrechtelijke aard’ van overheidshandelen wordt ontweken. De rechtsmacht van de burgerlijke rechter strekt zich eenvoudigweg uit tot alle ‘dadens’ van de overheid; alleen ‘beschikkingen’ zijn van die rechtsmacht uitgezonderd en vallen onder de administratieve rechter. Dat ook het onderscheid tussen ‘dadens en beschikkingen’ tot grote problemen kan leiden, lijkt de commissie zich geen moment te realiseren.<sup>36</sup>

Op grond van haar bevindingen adviseerde de commissie-De Monchy tot de invoering van twee nieuwe wetten waarvoor zij ook meteen ontwerpen aandroeg. Behalve om de Wet Bab, die Kroonberoep oorspronkelijk ook openstelde tegen beschikkingen van lagere overheden, ging het daarbij om een ‘Wet Onrechtmatige daden openbare lichamen’ (Wet Odol) die alleen betrekking had op ‘dadens’ anders dan wetsbesluiten en beschikkingen.<sup>37</sup> De Wet Odol bepaalde onder meer dat de intersubjectieve eisen van zorgvuldigheid en behoorlijkheid onverkort van toepassing zijn op privaatrechtelijke en feitelijke handelingen van openbare lichamen.<sup>38</sup> Bij de wetgever viel de Wet Odol in ongenade. Enerzijds deinsde men terug voor de uitbreiding van het toetsingskader waarin de Wet Odol voorzag; anderzijds was men bevreesd de rechtspraak van de burgerlijke rechter al te zeer te ‘bevriezen’.<sup>39</sup> Voor het overige werden de plannen van de commissie vrijwel geheel overgenomen. Met het ontwerp voor de Wet Bab stemde de wetgever grotendeels in, zij het dat het toepassingsgebied ervan werd beperkt tot beschikkingen van de centrale overheid.<sup>40</sup> De door de commissie voorziene definitie van het beschikkingsbegrip werd ongewijzigd overgenomen als artikel 2 van de Wet Bab, dat de beschikking beschrijft als een ‘eenzijdige naar buiten gerichte schriftelijke wilsverklaring van een administratief orgaan [...], gegeven krachtens een in enig staats- of administratiefrechtelijk voorschrift vervatte bevoegdheid of verplichting en gericht op de vaststelling, de wijziging of de opheffing van

35 *Id.*, p. 8.

36 Vgl. Michiels 1987, p. 50; zie verder o.a. Schreuder-Vlasblom 1987, p. 249-253; Van der Hoeven 1989, p. 185-189.

37 Artikel 2 en 3 Wet Odol.

38 Artikel 9 Wet Odol: ‘Een daad van een openbaar lichaam is onrechtmatig, wanneer zij in strijd is met de wet of met de zorgvuldigheid, welke het openbaar lichaam betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed.’

39 Zie o.a. Schreuder-Vlasblom 1987, p. 272.

40 Michiels 1987, p. 45.



een bestaande rechtsverhouding of het scheppen van een nieuwe rechtsverhouding dan wel inhoudende de weigering tot zodanig vaststellen, wijzigen, opheffen of scheppen’.

Met de gedeeltelijke uitvoering van de sterk op de gemene rechtsleer geënte voorstellen van de commissie-De Monchy ontstond een paradoxale situatie. In de figuur van de beschikking zag de commissie de juiste markering van een artificieel bestuursrechtelijk ‘uitzonderingsgebied’ dat aan het gemene recht derogeert en daarom aan controle door de gewone rechter onttrokken is. Als zodanig berust een beschikking steeds op een formele bevoegdheid op grond waarvan het bestuur in ‘de wereld van het recht’ op eenzijdige wijze een verandering aanbrengt (met inbegrip van de weigering van die bevoegdheid gebruik te maken). De formele afbakening van het bestuursrechtelijke uitzonderingsgebied voorkomt dat afbreuk wordt gedaan aan de principiële rechtsonderworpenheid van andere bestuurshandelingen.<sup>41</sup> Tegen die achtergrond is het niet vreemd dat de commissie het beschikkingsbegrip zo scherp mogelijk wenste te definiëren. De rechtsmacht van de Bab-rechter, die op zijn beurt onder curatele stond van de Kroon, diende immers alleen betrekking te hebben op de uitoefening ‘jegens allen’ van expliciet door de wetgever aan bestuursorganen verleende publiekrechtelijke bevoegdheden. Door de almacht van de Kroon aldus te beperken tot ‘typisch bestuurshandelen’ werd beoogd deze zo nauw mogelijk te omgrenzen.<sup>42</sup> Met het sneuvelen van de Wet Odol bleef de door de burgerlijke rechter geboden rechtsbescherming tegen de overheid echter weinig voorstellen, terwijl de toetsingsgronden van de Wet Bab behalve de eisen van wetmatigheid, redelijkheid en specialiteit, maar ook de ongeschreven ‘algemene beginselen van behoorlijk bestuur’ meer in het algemeen omvatten. Daarnaast bood de Bab-rechter rechtzoekenden een verhoudingsgewijs laagdrempelige en informele procedure en werd zijn oordeel in de praktijk door de Kroon steeds gerespecteerd, zodat de route van het Bab-beroep al snel voor velen verkieslijk bleek boven de gang naar de geheel onafhankelijke burgerlijke rechter.<sup>43</sup>

#### 4. BILLIJKHEID EN RECHTSZEKERHEID

Aanvankelijk bleek die situatie voor de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State geen reden om het beschikkingsbegrip als rechtsingangscriterium soepel te hanteren. Haar rigide houding op dit punt leidde tot enkele opmerkelijke, volgens Michiels zelfs ‘absurde’ uitspraken.<sup>44</sup> Berucht is onder andere het geval waarin de afwijzing van een aanvraag voor een invaliditeitsuitkering op grond van de Wet buitengewoon pensioen 1940-1945 niet als beschikking werd aangemerkt; ter onderbouwing daarvan voerde de Afdeling aan dat ‘duidelijke criteria volgens welke een dergelijke uitkering moet worden toegekend’ in de wet ontbraken.<sup>45</sup> Ook een besluit tot het onttrekken van een waterweg aan het scheepvaartverkeer gold volgens de Afdeling niet als een beschikking, omdat een

41 Michiels 1987, p. 48.

42 Zie o.a. Commissie-De Monchy 1950, p. 21.

43 Vgl. o.a. De Jong 2015, p. 195-196; Schreuder-Vlasblom 1987, p. 282; zie ook *Kamerstukken II* 1973/74, 11279, 8, p. 3.

44 Michiels 1987, p. 55.

45 KB van 16 juli 1971, nr. 26.



expliciete wettelijke grondslag voor die beslissing niet voorhanden zou zijn geweest.<sup>46</sup> De formele omgang van de Bab-rechter met het beschikkingsbegrip droeg enerzijds bij aan de totstandkoming van het ‘hoogst eenvoudige systeem’ dat de commissie-De Monchy voor ogen stond, maar werd anderzijds in veel gevallen als onbillijk ervaren. In combinatie met de Wet Odol was de Wet Bab uitdrukkelijk bedoeld als bouwsteen van een stelsel dat de burger voortaan meer adequate rechtsbescherming tegen de overheid zou moeten bieden. Met de restrictieve interpretatie van het beschikkingsbegrip door de Afdeling en zonder de Wet Odol als complement bleek de Wet Bab daartoe in de praktijk een ontoereikend middel.<sup>47</sup>

Sowieso was de Wet Bab bedoeld als een tijdelijk instrument. Reeds een jaar na de inwerkingtreding ervan stelde de regering een commissie samen die de taak kreeg te onderzoeken hoe het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming verder zou kunnen worden uitgebreid. Mogelijkheden tot rechtsbescherming tegen andere overheidshandelingen dan beschikkingen werden door deze door Wiarda voorgezeten commissie niet onderzocht. De opdracht van de regering behelsde nadrukkelijk slechts het ontwerp van een stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen beschikkingen, zodat Wiarda en zijn commissie de rol van het beschikkingsbegrip als sleutel tot de competentieverdeling tussen de gewone en de administratieve rechter als een gegeven beschouwden.<sup>48</sup> Vrijer voelde de commissie-Wiarda zich met betrekking tot de keuze van de rechtsprekende instantie. Ook als lid van de commissie-De Monchy was Wiarda al voorstander van onafhankelijke bestuursrechtspraak; bij de totstandkoming van het rapport van de commissie-De Monchy werd hij nog overstemd door een meerderheid die het ‘zeer zonderling’ achtte wanneer de Kroon zou kunnen worden gedwongen ‘tot onrecht te verklaren wat naar Haar oordeel recht is’.<sup>49</sup> De door Wiarda zelf voorgezeten commissie kwam tot een ander oordeel. Zij achtte het wenselijk het eindoordeel over beschikkingen over te laten aan een nieuw te vormen Afdeling rechtspraak van de Raad van State, die aldus naast een adviserende rol een zelfstandige taak zou krijgen als rechterlijk college. Slechts in ‘uitzonderlijke gevallen’ zou de Kroon aan een uitspraak van de Afdeling geen gevolg hoeven te geven. In de praktijk bleven de gevolgen van de nieuwe positie van de Afdeling beperkt. Niettemin hield de nieuwe opzet in principeel opzicht een belangrijke koerswijziging in. Administratieve rechtspraak behelst volgens Wiarda in de kern een *rechtmatigheids-* en niet een *doelmatigheidstoets*; ‘reeds daarom’ acht hij het van belang die toets ‘op te dragen aan de een onafhankelijk college’ en niet aan het hoogste administratieve gezag.<sup>50</sup>

Het ontwerp-Wet Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Wet Arob) dat de regering in 1971 indiende volgt de adviezen van de commissie-Wiarda op de voet. Het ontwerp voorzag in rechtsbescherming tegen overheidsbeschikkingen van zowel

46 KB van 20 juli 1971, nr. 12, AB 1971/169. Zie voor verdere analyse o.a. Michiels 1987, p. 55, waar Michiels enkele wetsartikelen noemt waarvan zonder al te veel interpretatieve moeite een publieke bevoegdheid had kunnen worden afgeleid.

47 Zie o.a. Van der Hoeven 1989, p. 209-210.

48 Schreuder-Vlasblom 1987, p. 282-283; zie voor enkele nuanceringen op dit punt Michiels 1987, p. 55-56.

49 Commissie-De Monchy 1950, p. 11.

50 Rapport commissie-Wiarda, geciteerd via Schreuder-Vlasblom 1987, p. 282.

centrale als decentrale overheidsorganen bij een onafhankelijk opererende Afdeling rechtspraak van de Raad van State.<sup>51</sup> De positie van de beschikking als de centrale spil van het administratieve proces bleef derhalve ongewijzigd. Bij de parlementaire behandeling stuitte de behoudzucht van de commissie en de wetgever op dit punt op de nodige kritiek. Zo signaleerden ‘zeer vele leden’ van de Tweede Kamer dat de ‘tamelijk beperkte interpretatie’ van het beschikkingsbegrip onder de Wet Bab in de praktijk een aanzienlijke belemmering tot het bieden van adequate rechtsbescherming opleverde. Sommige parlementsleden vroegen zich daarom af of het niet wenselijk zou zijn het beschikkingsbegrip voortaan ‘ruim te formuleren, dan wel het Arob-beroep tot een aantal handelingen en besluiten – niet zijnde beschikkingen [...] – uit te breiden’.<sup>52</sup> Tot een systematische uitbreiding van het beschikkingsbegrip kwam het echter niet. Gevraagd om nader advies stemde Wiarda met een minder formeel begrip van de vereiste grondslag van de beschikking ‘in enig staats- of bestuursrechtelijk voorschrift’ zonder meer in. Voor het overige drong hij erop aan het beschikkingsbegrip toch vooral te blijven modelleren naar de definitie die er door Van der Pot ooit aan was gegeven: een ‘rechtshandeling’ van een bestuursorgaan, zijnde een ‘wilsverklaring voor het bijzondere geval’ die gericht is op ‘wijziging in de wereld der rechtsverhoudingen’. Wel suggereerde Wiarda een alternatief voor ‘de ietwat doctrinair aandoende omschrijving’ van het beschikkingsbegrip in de Wet Bab; door de beschikking aan te duiden als een ‘schriftelijk besluit van een administratief orgaan, gericht op enig rechtsgevolg’ is eigenlijk alles al gezegd. Dat advies werd door regering en parlement trouw opgevolgd. Met die nieuwe definitie werd de eis van een specifieke wettelijke grondslag enigszins naar de achtergrond gedrongen maar bleef het beschikkingsbegrip voor het overige ongewijzigd. Op die manier trachtte de wetgever bij te dragen aan een stelsel van rechtsbescherming dat billijker functioneert maar niet al te zeer afbreuk doet aan de figuur van de beschikking als ‘hoogst eenvoudige’ sleutel tot rechterlijke competentieverdeling.<sup>53</sup>

Na de inwerkingtreding van de Wet Arob in 1976 viel de door de wetgever zo naarstig gewenste rechtszekerheid omtrent het beschikkingsbegrip echter al snel ernstig tegen. In tal van gevallen legde de Afdeling rechtspraak het beschikkingsbegrip veel ruimer uit dan de Afdeling geschillen onder de Wet Bab. Dat de Afdeling vrijer omsprong met de eis van een specifieke wettelijke bevoegdheidsgrondslag, viel op grond van de nieuwe definitie van het beschikkingsbegrip in de Wet Arob en de bijbehorende overwegingen in de parlementaire geschiedenis van die wet te verwachten. Of die een afdoende grondslag bieden tot oprekken van de eis van een in de wet verankerde publiekrechtelijke bevoegdheid tot ‘een publieke taak zonder meer’, zoals in sommige gevallen gebeurde, valt overigens te betwijfelen.<sup>54</sup> Maar ook het rechtshandelsvereiste werd door de Afdeling veel minder restrictief geïnterpreteerd. Onder de nieuwe wet bleek de Afdeling in allerlei voorheen als feitelijke handelingen geclassificeerde mededelingen op rechtsgevolg gerichte besluiten

51 *Kamerstukken II* 1973/74, 11279, 3, p. 10.

52 *Kamerstukken II* 1973/74, 11279, 8, p. 6.

53 *Kamerstukken II* 1973/74, 11279, 32, p. 5-6; vgl. o.a. Steenbeek 1988, p. 142 e.v.

54 Michiels 1987, p. 252-253.

te zien.<sup>55</sup> Aan de andere kant hield de Afdeling in veel gevallen aan het oude, onder de Wet Bab ontwikkelde formele beschikkingsbegrip juist nogal krampachtig vast.<sup>56</sup> Tegen die achtergrond stelde Tak in zijn Maastrichtse oratie uit 1983 niet zonder reden dat de omgang met het beschikkingsbegrip door de Arob-rechter tot een voor gewone burgers volkomen onbegrijpelijke en onvoorspelbare rechtspraak had geleid. ‘Slechts enkele specialisten’, verzucht Tak, ‘menen nog lijnen te ontdekken in deze rechtstoepassing’.<sup>57</sup> De door Tak bedoelde situatie is in de dissertatie van Michiels over de Arob-beschikking zorgvuldig gedocumenteerd. Zoals Michiels uitvoerig beschrijft liggen aan de ruimere en inconsistente omgang met het beschikkingsbegrip als bestuursrechtelijk toegangscriterium allerlei ‘strategische’ overwegingen ten grondslag waarmee de rechter meer dan voorheen tegemoet komt aan eisen van billijkheid; de door de wetgever gewenste rechtszekerheid en dogmatische zuiverheid zouden het daarbij evenwel al te zeer moeten ontgelden.<sup>58</sup>

## 5. TWEEPOLIG PROCESRECHT

Bij de totstandkoming van de Awb werd de positie van de publiekrechtelijke rechtshandeling als afbakeningscriterium voor de competentie van de bestuursrechter opnieuw overwogen. De onmiddellijke aanleiding voor de totstandkoming van de Awb was gelegen in de grondwetsherziening van 1983, waarbij aan het codificatie-artikel een lid werd toegevoegd waarin de grondwetgever de wetgever opdraagt ‘algemene regels van bestuursrecht’ vast te stellen.<sup>59</sup> Tot dan toe was van een dergelijke codificatie nog geen sprake. Hoewel de opbouw van de verzorgingsstaat en de toegenomen zorg voor ruimtelijke ordening en milieu hadden geleid tot een enorme toename van bestuursrechtelijke wetgeving, was nog weinig aandacht besteed aan het systeem van het bestuursrecht als geheel. Uitzonderingen waren onder andere de oorspronkelijk in 1953 door Van Poelje en Donner opgestelde ‘Algemene bepalingen van administratief recht’ (Abar), die in 1984 voor het laatst werden herzien. Deze bepalingen vormden voor een VAR-commissie onder leiding van Van Maarseveen de inspiratie tot een in 1974 gepubliceerde proeve van een ‘Wet houdende algemene bepalingen van administratief recht’ (Wet Abar). Van een dergelijke wet kwam het nooit, maar de op schrift gestelde bepalingen verwierven desalniettemin groot gezag, zodat er toch een zekere uniformerende werking van uitging.<sup>60</sup> Pas daartoe aangezet door de grondwetswijziging van 1983 ging de wetgever tot actie over. Gesouffleerd door een ‘startwerkgroep’ en een commissie onder leiding van ‘regeringscommissaris voor de algemene regels van bestuursrecht’ Scheltema diende de regering in 1989 een wetsvoorstel in waarvan de memorie van toelichting het ‘in hoofdzaak [...] codificerend en harmoniserend karakter’ beklemtoont. Het voorstel, dat de basis vormt van de in 1994 in werking getreden eerste tranche van de Awb, beoogt nadrukkelijk ‘niet een belangrijke

55 Zie o.a. Michiels 1987, p. 125 e.v., die onder meer het treffende voorbeeld geeft van een zaak (Vz. ARRvS 25 augustus 1976, AB 1976/214, m.nt. F.H. van der Burg) waarin een waarschuwing voorafgaande aan bestuursdwang als publiekrechtelijke rechtshandeling wordt aangemerkt.

56 Michiels 1987, p. 257.

57 Tak 1984, p. 3.

58 Michiels 1987, p. 245 e.v.

59 Artikel 107 lid 2 Gw.

60 Zie o.a. Van der Hoeven 1989, p. 246-249.

verandering in de thans geldende rechtsregels' aan te brengen, maar het geldende recht slechts 'eenvoudiger en toegankelijker' te maken. De memorie onthoudt zich daarom van 'fundamentele of dogmatische beschouwingen' om te voorkomen dat zij daarmee in de toekomst gewenste ontwikkelingen 'nodeloos in de weg' zou staan.<sup>61</sup>

In diezelfde memorie erkennen de betrokken ministers evenwel dat harmonisering en systematisering van rechtsregels zonder enige coherente visie op de 'stand van de ontwikkeling van het bestuursrecht' onmogelijk is. Daarom wagen zij zich in hun toelichting toch aan enkele bescheiden theoretische bespiegelingen. Zo signaleren zij dat de ontwikkelingen in dogmatiek en jurisprudentie 'een andere benadering van de verhouding tussen bestuur en burger' reflecteren dan eerder gebruikelijk was. Voorheen werd die vooral beheerst door de idee van legaliteit, waarbij de taak van het bestuur met name bestaat in de uitvoering van 'democratisch tot stand gekomen wetten' waarvoor het in de eerste plaats verantwoording schuldig is aan vertegenwoordigende lichamen. Rechtsbescherming tegen overheidshandelingen behoort binnen die logica vooral te bestaan uit de bewaking van de 'gebondenheid van het bestuur aan de wet', waarbij de bestuurlijke beleids- en beoordelingsvrijheid die het bestuur daarbij wordt gegund in beginsel volledig dient te worden gerespecteerd. Met de opkomst van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ontwaart de memorie echter een trend volgens welke de uitvoerende macht zich niet langer eenvoudigweg als een door de wet gesanctioneerde en daardoor op artificiële wijze 'boven de burger gestelde' entiteit kan presenteren. In plaats daarvan gaat de wetgever uit van een natuurlijke betrokkenheid tussen overheid en burger die inhoudt dat zij in een voorpositieve juridische relatie staan. Daarbij gaat de memorie weliswaar uit van een verhouding 'tussen [...] naar hun aard verschillende partijen', maar desalniettemin van een 'wederkerige relatie' die over en weer reeds van nature gegeven juridische rechten en plichten inhoudt.<sup>62</sup>

De nieuwe conceptie van de juridische verhouding tussen burger en bestuur dient volgens de wetgever ook tot uiting te komen in de vorm van het bestuursproces. In de memorie van toelichting bij de tweede tranche van de Awb, die uiteindelijk tegelijk met de eerste tranche werd ingevoerd, komt dit uitgebreid ter sprake. In het moderne bestuursprocesrecht kan de toetsing van overheidshandelen volgens de wetgever niet beperkt blijven tot 'de vaststelling van de feiten en de controle van de wetmatigheid van het bestuurshandelen'. Van der Pots opvatting van bestuursrecht 'in typische zin' als de strikt eenzijdige, primair op het abstracte algemeen belang gerichte wetstoepassing door bestuursorganen zou niet langer meer vol te houden zijn. Met de ontwikkeling van de moderne behoorlijkebeginselen is volgens de memorie een 'tendens naar een meer wederkerige wijze van rechtsvaststelling' ontstaan waarbij overheid en burger beide rekening moeten houden met allerlei concrete 'wederzijdse rechten en plichten'. Tegen die achtergrond heeft het 'primaat van de functie van het handhaven van het objectieve publiekrecht' afgedaan. Het nieuwe bestuursprocesrecht dient niet langer primair gericht te zijn op abstracte rechtmatigheidstoetsing, waarbij vooral wordt onderzocht of de overheid wellicht 'veranderingen in de wereld van het recht' heeft aangebracht die niet stroken met

61 *Kamerstukken II 1988/89, 21221, 3, p. 11.*

62 *Kamerstukken II 1988/89, 21221, 3, p. 12-13.*

de objectieve rechtsorde. In plaats daarvan zou bestuursrechtspraak zich in de eerste plaats moeten richten op de ‘rechtsbeschermingsfunctie’, waarbij de rechter zich primair richt op de vaststelling van de individuele rechtsposities, niet alleen *in abstracto*, maar vooral ook bezien vanuit de meer concrete context van de door de wetgever veronderstelde onderlinge juridische betrokkenheid tussen burgers en bestuurders.<sup>63</sup>

Naar de ministers zich in hun toelichting realiseren, staat de positie van het besluit als de spil van het bestuursproces deze tendens ernstig in de weg. Het klassieke besluitenprocesrecht, waarbij de rechter zich primair buigt over de objectieve rechtmatigheid van eenzijdige, *erga omnes* werkende publiekrechtelijke rechtshandelingen, past uitstekend in een rechtsopvatting volgens welke het publiekrecht sterk van concrete verhoudingen dient te abstraheren. Binnen een *relationele*, primair op concrete *verhoudingen* gerichte conceptie van het publiekrecht ligt de centrale rol van het besluit minder voor de hand. Gezien het bescheiden, slechts ‘harmoniserende en codificerende’ doel van de Algemene wet bestuursrecht achten de ministers het echter ‘thans te vroeg’ om aan dergelijke bespiegelingen vergaande ‘operationele gevolgen’ te verbinden.<sup>64</sup> Daarbij sluiten zij niet uit dat het besluit *ex tunc* als object van het bestuursrechtelijke geding uiteindelijk zal worden ingeruild voor de ‘de rechtsbetrekking *ex nunc*’, waarbij zij het zelfs mogelijk achten dat in dat geval ook aan het bestuursorgaan een actie wordt toegekend. Voordat daarvan echter sprake kan zijn zou het gehele stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid grondig moeten worden heroverwogen.<sup>65</sup> Intussen zou het zaak zijn de ‘nadelige consequenties’ van het ‘noodzakelijkerwijs thans handhaven’ van het besluit als spil van het proces zo veel mogelijk te bestrijden. In dat verband verwachten de ministers veel van de beperking van de ‘omvang van het geding’ en de daarmee samenhangende uitbreiding van de mogelijkheden voor de rechter om onder bepaalde omstandigheden zelf in de zaak te voorzien. Meer dan voorheen zou de procedure meer kunnen worden toegesneden op het concrete geschil en zou kunnen worden voorkomen dat de rechter vernietigingen uitspreekt waar de partijen in de praktijk niets mee opschieten.<sup>66</sup>

Met dergelijke overwegingen hinkt de Awb-wetgever duidelijk op twee gedachten. Enerzijds betoont hij zich immers een fervent voorstander van een meer subjectief vormgegeven bestuursproces dat niet langer blind is voor de concrete sociale verhoudingen waarbinnen bestuurlijke bevoegdheidsuitoefening is ingebed. Anderzijds bleef de objectieve, sterk van dergelijke verhoudingen abstraherende grondstructuur van de algemene bestuursrechtspraak met de handhaving van de publiekrechtelijke rechtshandeling als het object van het bestuursrechtelijke geding vooralsnog behouden. In vergelijking met de Wet Arob werd de rechtsmacht van de bestuursrechter slechts verruimd met besluiten van algemene strekking, niet zijnde algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels; voor het overige sluit het besluitbegrip van artikel 1:3 en 8:1 Awb bewust nauw aan bij de door Wiarda aangedragen en uiteindelijk op Van der Pot terug te voeren omschrijving van de beschikking in de Wet Arob, die op haar beurt was bedoeld als een inhoudelijk identieke herformulering van het beschikkingsbegrip

63 *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, 3, p. 33.

64 *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, 3, p. 35.

65 *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, 3, p. 34.

66 *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, 3, p. 36.

volgens de Wet Bab. Traditionele elementen als schriftelijkheid en externe gerichtheid bleven op die manier onverkort bewaard, evenals het verplichte rechtshandelskarakter en het vereiste van een publiekrechtelijke grondslag. Wat die laatste eis betreft sluit de wetgever zich nadrukkelijk aan bij de ruime interpretatie van die grondslag, waartoe onder omstandigheden bijvoorbeeld ook een ‘algemene publieke bestuurszaak’ kan worden gerekend.<sup>67</sup> Door zich behoedzaam op te stellen en nauw aan te sluiten bij de bestaande doctrine en jurisprudentie meent de wetgever tot een systeem te komen dat ‘eenvoudiger, doorzichtiger en beter’ is.<sup>68</sup> Dat juist door zijn voorzichtige optreden een ‘tweepolig procesrecht’ ontstaat waarbij het stelsel van bestuursrechtspraak intern wordt verscheurd tussen onderling tegenstrijdige uitgangspunten, lijkt hij zich geen moment te realiseren.<sup>69</sup>

## 6. ZELFSTANDIGE BESLUITEN

In de langzame ‘verdamping’ van het besluitbegrip als formele maatstaf voor rechterlijke competentieverdeling komt de ‘verscheurde’ aard van het Awb-procesrecht pregnant naar voren. Hoewel het stelsel van de Awb bedoeld is als een systeem dat beter aansluit bij werkelijk bestaande sociale verhoudingen, houdt de Awb-wetgever vast aan de abstracte figuur van de ‘jegens allen’ gerichte publiekrechtelijke rechtshandeling als toegangscriterium en spil van het bestuursproces. Van het duidelijke en eenvoudige stelsel dat de wetgever met zijn ‘codificerende en harmoniserende’ optreden trachtte te scheppen kwam evenwel niets terecht. Onder de nieuwe wet zette de bestuursrechter zijn strategische omgang met de publiekrechtelijke rechtshandeling als bestuursrechtelijk toegangscriterium in verhoogd tempo voort. Om te beginnen continueerde de bestuursrechter de onder de Wet Arob ontstane praktijk om rechtsoordelen<sup>70</sup> en andere mededelingen<sup>71</sup> zonder duidelijk rechtsgevolg in sommige gevallen als appellabele publiekrechtelijke rechtshandeling aan te merken. Maar bovenal schiep hij verwarring door de ‘revolutionaire’<sup>72</sup> introductie van het zelfstandige schadebesluit<sup>73</sup> en de uitspraken waarin hij beslissingen tot terugvordering van subsidie als besluiten aanmerkte.<sup>74</sup> Daarnaast verruimde de bestuursrechter het reeds onder de Wet Arob geïntroduceerde criterium van de ‘publieke taak’ als afdoende publiekrechtelijke grondslag.<sup>75</sup> Tegen de achtergrond van de ook door de wetgever onder-

67 *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 3, p. 36-37; *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, 3, p. 92-93.

68 *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, 3, p. 92.

69 Vgl. o.a. Schreuder-Vlasblom 2010, p. 415-417.

70 Zie o.a. Van Ommeren 2000, 119 e.v.; Pront-van Bommel 2002, p. 52-61; Schlössels & Zijlstra 2010, p. 246-250; Ortlep 2008, p. 244.

71 Zie o.a. ABRvS 8 september 2004, *AB* 2005/107, m.nt. F.R. Vermeer, waarin een waarschuwing als besluit werd aangemerkt. Zie verder o.a. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 250-252 en Damen 2007, p. 39-41.

72 Zie o.a. Verheij 1999a, p. 12-14, die onder andere beschrijft hoe ‘rechters – doorgaans toch voorzichtige mensen – met de Awb in de hand de barricaden [beklommen] voor de bevrijding van het bestuursrecht’.

73 ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997/229, m.nt. P.J.J. van Buuren, *AB Klassiek* 2003/40, m.nt. P.J.J. van Buuren.

74 ABRvS 21 oktober 1996, *AB* 1996/496, m.nt. N. Verheij; ABRvS 10 juli 2002, *AB* 2003/123, m.nt. N. Verheij.

75 Vgl. o.a. ARRvS 1 december 1977, *AB* 1978/208, m.nt. M. Scheltema (*Groningse waterleidingbuizen*), ABRvS 10 april 1995, *AB* 1995/498, m.nt. G.A. van der Veen, *AB Klassiek* 2003/32, m.nt. G.A. van der Veen (*Long Lin*), ABRvS 30 november 1995, *AB* 1996/136, m.nt. S.E. Zijlstra, *AB Klassiek* 2003/34, m.nt. Overkleef-Verburg (*Stichting Silicose*), ABRvS 11 mei 1998, *AB* 1998/298, m.nt. M.J. Jacobs (*Bedrijfsverplaatsing*) en ABRvS 18 februari 1999, *AB* 1999/143, m.nt. M. Scheltema (*Legalisatie*). Zie verder o.a. Van Ommeren 2003, p. 145 e.v.



schreven trend om eenzijdige, *erga omnes* werkende bestuurlijke wetstoepassing te bezien in het licht van concrete door het bestuursrecht beheerste *verhoudingen* vallen die ontwikkelingen goed te begrijpen.

Het verhaal over de ‘revolutie der rechters’ die leidde tot de introductie van het ‘zelfstandige besluit’ is al vaak verteld.<sup>76</sup> In het kader van een theoretisch-dogmatische duiding ervan kan het geen kwaad er hier toch kort op in te gaan. In *Nanne* erkent de Afdeling een terugvorderingsbesluit als appellabele publiekrechtelijke rechtshandeling, ook al signaleert zij dat die beslissing ‘niet uitdrukkelijk op daartoe strekkende wettelijke bevoegdheden gebaseerd’ is.<sup>77</sup> Een afdoende publiekrechtelijke grondslag ziet de Afdeling echter in ‘het algemene, ook in het bestuursrecht geldende, rechtsbeginsel volgens hetwelk hetgeen onverschuldigd is betaald, kan worden teruggevorderd’; volgens de Afdeling is dat algemene beginsel publiekrechtelijk van aard wanneer ‘zijn werking zich doet gevoelen in door het bestuursrecht beheerste verhoudingen’. Kort na *Nanne* erkende de Afdeling ook de zuivere schadebeslissing als appellabel besluit. Zo stelt zij in *Kledingreinigingsbedrijf Alpha* korthedshalve dat het publiekrechtelijke rechtshandelingskarakter van een zelfstandig schadebesluit voortvloeit ‘uit het in [dat] besluit [...] vervatte oordeel over de aanspraken die al dan niet zouden bestaan op schadevergoeding in verband met het in geding zijnde bestuurshandelen’. Van enige eis van connexiteit met een appellabel schadeveroorzakend besluit was op die manier in die uitspraak geen sprake. Sterker nog: de Afdeling overweegt in haar uitspraak expliciet dat het bestreden schadebesluit niet samenhangt ‘met enig vermeend schadeveroorzakend besluit ten aanzien waarvan de Afdeling [...] bevoegd is kennis te nemen’.<sup>78</sup>

Het leek er daarom even op dat het besluitkarakter van schadebeslissingen met de bestuursrechtelijke aard van de *verhouding* tussen bestuursorgaan en rechtzoekende reeds voldoende vaststond. Om met Van Buuren te spreken zou dat een ‘aanzienlijke grensverschuiving’ tussen de bestuurs- en privaatrechtelijke rechterlijke competenties betekenen. Door het ontbreken van een expliciete eis van ‘connexiteit’ met een appellabel besluit leek de redenering van de Afdeling niet in de weg te staan aan een systeem waarin nog slechts de aard van de *betrekking* tussen burger en overheid voor de competentie van de rechter bepalend zou zijn.<sup>79</sup> In *Beurskens* schiep de Afdeling op dat punt enige duidelijkheid. Die zaak betrof een beslissing op een verzoek om nadeelcompensatie waarvoor geen specifieke wettelijke grondslag was te vinden. Desalniettemin merkt de Afdeling in haar uitspraak de schriftelijke afwijzing van dat verzoek aan als appellabel besluit. Een publiekrechtelijk fundament daarvoor vindt zij in het ‘mede aan art. 3:4 tweede lid Awb ten grondslag liggende algemene rechtsbeginsel van ‘égalité devant les charges publiques’ (gelijkheid voor openbare lasten) op grond waarvan bestuursorganen zijn gehouden tot compensatie van onevenredige [...] schade als gevolg van hun op de behartiging van het openbaar belang gerichte optreden’. Daarbij merkt de Afdeling

76 Zie voor de begripsverwarring inzake ‘zuivere’, ‘onzuivere’ en ‘zelfstandige’ besluiten o.a. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 230-231. Onder ‘zelfstandige besluiten’ versta ik besluiten die niet direct zijn te herleiden tot een wettelijke grondslag.

77 ABRvS 21 oktober 1996, *AB* 1996/496, m.nt. N. Verheij (*Nanne*).

78 ABRvS 29 november 1996, *AB* 1997/66, m.nt. P.J.J. van Buuren (*Kledingreinigingsbedrijf Alpha*).

79 Vgl. o.a. Van Buuren in zijn annotatie en Verheij 1999a, p. 31.



evenwel nadrukkelijk op dat de rechtsmacht van de bestuursrechter zich alleen tot zelfstandige schadebeslissingen uitstrekt wanneer hem de bevoegdheid toekomt ‘kennis te nemen van het beweerdelijk schadeveroorzakend besluit zelve’. Aldus behelst *Beurskens* een aanvulling of correctie op *Kledingreinigingsbedrijf Alpha*, waarin de Afdeling van een dergelijk connexiteitsvereiste niets leek te willen weten.<sup>80</sup>

In *Van Vlodrop* drukte de Afdeling zich nog explicieter uit. In die uitspraak overweegt de Afdeling dat de grondslag voor het nemen van een zelfstandig schadebesluit wegens onrechtmatige daad kan berusten ‘op het [...] algemeen geldende rechtsbeginsel, volgens hetwelk degene die door aan hem toerekenbaar onrechtmatig handelen of nalaten schade heeft veroorzaakt, is gehouden die aan de benadeelde te vergoeden’. Tot zover biedt de uitspraak niets nieuws. Anders dan in voorgaande uitspraken licht de Afdeling dit keer evenwel nader toe wanneer een dergelijk beginsel ‘zijn werking doet gevoelen in door het bestuursrecht beheerste verhoudingen’. Van een publiekrechtelijke relatie kan volgens de Afdeling slechts sprake zijn op grond van de eenzijdige, aan een voldoende specifieke wettelijke bepaling ontleende bevoegdheid. In *Van Vlodrop* betrof het schadeveroorzakende besluit het door de Minister van VROM vastgestelde afvalstoffenbeleid, dat volgens eiseres Van Vlodrop BV een onverhoedse en daarom jegens haar onrechtmatige beleidswijziging inhield. De Wet milieubeheer, zo legt de Afdeling uit, voorziet in expliciete wettelijke bepalingen op grond waarvan de minister op dit punt gemachtigd is tot eenzijdige publiekrechtelijke bevoegdheidsuitoefening. Op grond daarvan zou tussen de minister en Van Vlodrop een bestuursrechtelijke *verhouding* zijn ontstaan waarvan ook het bestreden schadebesluit deel uitmaakt. Op grond van die redenering heeft de Afdeling er geen moeite mee het schadebesluit van de minister als een besluit te kwalificeren; voldaan wordt immers aan wat in de literatuur voortaan de ‘materiële connexiteitseis’ is gaan heten.<sup>81</sup> Van *processuele* connexiteit was naar het oordeel van de Afdeling overigens geen sprake. De bestreden schadebeslissing hield weliswaar verband met een besluit, maar niet met een *appellabel* besluit; op grond van artikel 8:2 Awb is de bestuursrechter immers niet bevoegd kennis te nemen van een beleidsregeling.<sup>82</sup>

Op grond van deze en andere jurisprudentie kondigden sommige auteurs het einde aan van de gemene rechtsleer als model van waaruit de competentieverdeling tussen de bestuursrechter en de gewone rechter kan worden begrepen. Naar aanleiding van *Nanne* stelde Teunissen bijvoorbeeld dat de Afdeling met de acceptatie van een ongeschreven rechtsbeginsel als grondslag voor een besluit ‘definitief afscheid [nam] van de gemene rechtsleer’.<sup>83</sup> Evenzo concludeerde Simon dat de gemene rechtsleer ‘eindelijk van zijn troon [is] gestoten’; *Nanne* zou daarbij niets minder markeren dan ‘het einde van een tijdperk’.<sup>84</sup> Van der Veen zag daarentegen in de jurisprudentie over de zelfstandige schade- en terugvorderingsbesluiten ‘slechts een geringe bijstelling [...] van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht’; wat de rechterlijke competentieverdeling betreft zou de gemene rechtsleer in ieder geval ook na de door sommigen als een ‘revolutie’ beschouwde

80 ABRvS 18 februari 1997, *AB* 1997/143, m.nt. P.J.J. van Buuren (*Beurskens*).

81 Zie o.a. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 235.

82 ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997/229, m.nt. P.J.J. van Buuren (*Van Vlodrop*).

83 Teunissen 1997.

84 H.J. Simon in annotatie op ABRvS 21 oktober 1996, *JB* 1996/232.

introductie van het zelfstandige besluit nog fier overeind staan.<sup>85</sup> Zeker achteraf gezien moet worden geconstateerd dat Van der Veen in deze discussie het gelijk meer aan zijn zijde had dan Teunissen en Simon. De in *Van Vlodrop* nauw omschreven vereisten van connexiteit houden immers in dat zelfstandige schadebesluiten alleen appellabel zijn wanneer zij samenhangen met besluiten die op een voldoende specifieke wettelijke titel berusten en daarmee ontegenzeggelijk onder de competentie van de bestuursrechter vallen.<sup>86</sup> Van de ‘revolutie’ van de zelfstandige besluiten resteerde op die manier uiteindelijk slechts een voorzichtige uitbreiding van de competentie van de bestuursrechter die nog steeds de ratio volgt van het formele bestuursbesluit als de abstracte ‘kern’ van het bestuurlijk handelen, en bleef een meer materiële afbakening van de rechtsmacht van de bestuursrechter vooralsnog uit. Welbeschouwd kon de bestuursrechter ook niet veel anders. Zolang de wetgever de grondstructuur van het besluitenprocesrecht intact laat, is de bestuursrechter gedwongen eventuele innovaties daarop toe te snijden.<sup>87</sup>

## 7. PUBLIEKE TAKEN

De spanning tussen een strikt formele, van oorsprong op de gedachte van het bestuursrecht als kunstmatig ‘uitzonderingsgebied’ berustende afbakening van het werkterrein van de bestuursrechter enerzijds en meer materiële, primair op concrete verhoudingen geënte ideeën over rechterlijke competentieverdeling anderzijds, is evenzeer voelbaar bij de jurisprudentiële invulling van het publieketaakcriterium. Die maatstaf is onder andere van betekenis bij de interpretatie van artikel 1:1 lid 1 Awb, dat het bestuursorgaanbegrip niet alleen reserveert voor organen die ‘krachtens publiekrecht’ zijn ingesteld, zoals bepaald onder a, maar tevens, onder b, voor ‘een ander persoon of college’, voor zover dat ‘met enig openbaar gezag [is] bekleed’. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever met de omschrijving onder a een uiterst formele opvatting van ‘publiekrecht’ voor ogen stond, waarbij een publiekrechtelijke grondslag slechts kan worden gevonden in een concrete wettelijke bepaling buiten het burgerlijk recht.<sup>88</sup> Hieruit volgt dat organen van, onder meer, verenigingen, coöperaties, vennootschappen en stichtingen nooit een zogenoemd ‘a-orgaan’ kunnen zijn.<sup>89</sup> Van complexere aard is de reikwijdte van de definitie van het ‘b-orgaan’. Bij gebrek aan een duidelijke wettelijke grondslag kan de publiekrechtelijke aard van een handeling van een dergelijk orgaan soms worden gefundeerd op de vervulling van een ‘publieke taak’. Kort na de invoering van de Awb zette de Afdeling in klassieke uitspraken als *Stichting Silicose*<sup>90</sup> en *NV Luchthaven Schiphol*<sup>91</sup> enkele bakens uit die voor de afbakening van het b-orgaanbegrip nog immer relevant zijn. In uitspraken als

85 Van der Veen 1998, p. 1.

86 Van der Veen 1998, p. 9; zie o.a. CRvB 24 september 1997, *JB* 1997/240, m.nt. F.J.L. Pennings; ABRvS 19 juni 2000, *AB* 2000/339, m.nt. A. van Hall; ABRvS 7 maart 2000, *JB* 2000/105, m.nt. F.A.M. Stroink; ABRvS 29 oktober 2003, *JB* 2003/344, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

87 Vgl. o.a. Backes 2009, p. 15.

88 Zie o.a. *Kamerstukken II* 1990/91, 21221, 8, p. 18.

89 Vgl. o.a. Peters 2000, p. 79.

90 ABRvS 30 november 1995, *AB* 1996/136, m. nt S.E. Zijlstra (*Stichting Silicose*).

91 ABRvS 3 oktober 1996, *AB* 1996/474, m.nt. A.F.M. Brenninkmeijer (*NV Luchthaven Schiphol*).

*Schipholregio*,<sup>92</sup> *Platform 31*<sup>93</sup> en *Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen*<sup>94</sup> werden deze bakens recent verder gepreciseerd en enigszins herijkt.<sup>95</sup>

Zoals bekend overweegt de Afdeling in *Stichting Silicose* dat de privaatrechtelijke gedaante van die stichting niet verhult dat zij bij het nemen van beslissingen over uitkeringen in feite opereert als ‘doorgeefluik’ van de overheid. Daarbij overweegt de Afdeling onder meer dat de totstandkoming van de Stichting het directe gevolg was van een politieke beslissing om uitkeringen te verstrekken aan oud-mijnwerkers die als gevolg van hun werk in de staatsmijnen de ziekte silicose hadden opgelopen, waarbij de minister-president onder meer sprak over de ‘delging van een ereschuld’. De oprichting en de activiteiten van de Stichting zouden daarom niet los kunnen worden gezien van een in wezen publiekrechtelijke verhouding waarbinnen zieke oud-mijnwerkers of hun erfgenamen jegens de overheid aanspraak konden maken op een geldelijke tegemoetkoming. Dat zulks geschiedt zonder specifieke grondslag in enig staats- of bestuursrechtelijk voorschrift doet daaraan volgens de Afdeling niet af. De formele privaatrechtelijke gedaante van de Stichting zou niet wegnemen dat de werkzaamheden van de Stichting in wezen een overheidstaak betreffen. Van doorslaggevend belang acht de Afdeling dat de door de Stichting verstrekte vergoedingen rechtstreeks door het Rijk worden vergoed, waarbij de staatssecretaris steeds beziet of de in het reglement van de stichting neergelegde criteria juist zijn toegepast. Naast een duidelijke financiële band (‘de overheid betaalt’) bestaat derhalve tussen hen in feite ook een inhoudelijke band (‘de overheid bepaalt’). Van werkelijke vrijheid tot wijziging van het uitkeringsregime is volgens de Afdeling aan de kant van de Stichting geen sprake; het ligt immers niet voor de hand dat de staatssecretaris haar nog langer van financiële middelen zou willen voorzien wanneer zij van regeringsaanwijzingen zou afwijken.<sup>96</sup>

Ook reeds onder de Wet Arob, waarvan artikel 1 het bestuursorgaan definieerde als ‘iedere persoon en ieder college met enig openbaar gezag [...] bekleed’, werden privaatrechtelijke rechtspersonen incidenteel als administratieve organen aangeduid. Daarbij kon het bijvoorbeeld gaan om een stichting die ‘uitvoering gaf aan een taak, welke de overheid zich heeft aangetrokken’ en die bovendien met overheidsgeld werd bekostigd.<sup>97</sup> Bij dergelijke bestaande Arob-rechtspraak wenste de Awb-wetgever nadrukkelijk aan te sluiten.<sup>98</sup> Kern van de zaak is volgens hem dat een bestuursorgaan de mogelijkheid heeft de rechtspositie van andere rechtssubjecten eenzijdig vast te stellen.<sup>99</sup> Behalve aan organen die zijn ingesteld bij of krachtens een expliciet wettelijk voorschrift zou daarbij kunnen worden gedacht aan privaatrechtelijke rechtspersonen

92 ABRvS 17 september 2014, AB 2015/129, m.nt. H. Peters.

93 ABRvS 17 september 2014, AB 2015/130, m.nt. H. Peters.

94 ABRvS 17 december 2014, AB 2015/131, m.nt. H. Peters.

95 Vgl. o.a. Peters 2015, p. 172 e.v.

96 ABRvS 30 november 1995, AB 1996/136, m.nt. S.E. Zijlstra (*Stichting Silicose*); vgl. o.a. Van Ommeren 2003, p. 139.

97 Vz. ARRvS 19 maart 1981, AB 1982/411, m.nt. H.J. de Ru; zie verder o.a. Van Ommeren 2003, p. 138.

98 *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 3, p. 27-28.

99 *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 3, p. 27: ‘Het [...] element ‘met enig openbaar gezag bekleed’ betekent dat het moet gaan om een orgaan met de publiekrechtelijke bevoegdheid tot het bepalen van de rechtspositie [...] van andere rechtssubjecten.’

die ‘tot de overheid moeten worden gerekend, omdat organen van publiekrechtelijke corporaties een overwegende invloed uitoefenen op het beheer van deze privaatrechtelijke rechtspersonen’.<sup>100</sup> Niettemin wekte de Afdeling met *Stichting Silicose* onder sommigen de nodige verbijstering. In zijn noot bij de uitspraak stelt Zijlstra bijvoorbeeld dat ruime interpretatie van het publieketaakcriterium ertoe kan leiden dat overheidsorganen enerzijds en in beginsel autonome privaatrechtelijke partijen anderzijds beide aan herkenbaarheid verliezen, met alle gevolgen voor de rechtsstaat en de algemene rechtszekerheid van dien. Dat de rechter een rechtzoekende in een particulier geval toegang tot de bestuursrechter wenst te verschaffen, valt volgens Zijlstra goed te begrijpen, maar de winst van billijkheid op dat punt weegt in zijn ogen niet op tegen de nadelen ervan voor de rechtsorde in haar geheel.<sup>101</sup>

Met *NV Luchthaven Schiphol* stelde de Afdeling critici als Zijlstra korte tijd later weer enigszins gerust. In die zaak komt zij tot het oordeel dat de NV Luchthaven Schiphol bij het bepalen van haar havengeldtarieven geen ‘publieke taak of bevoegdheid’ uitoefent en dus niet kan worden aangemerkt als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 onder b Awb. Dat het heffen van havengelden in de Luchtvaartwet vrij gedetailleerd is gereguleerd en de door exploitanten vastgestelde tarieven volgens diezelfde wet goedkeuring van de Kroon behoeven, doet daar volgens de Afdeling niet aan af. Dergelijke regulering zou slechts te beschouwen zijn als publiekrechtelijke beperking van de contractsvrijheid van de exploitant. De vraag of de overheid als grootaandeelhouder al dan niet ‘overwegende invloed’ uitoefent op de vennootschap is volgens de Afdeling in deze zaak niet van belang. Daartoe overweegt zij dat de Awb-wetgever het criterium van overwegende institutionele overheidsinvloed uitsluitend van toepassing had willen zien op de positie van bij privaatrechtelijke rechtspersonen werkzame ambtenaren.<sup>102</sup> Dat het handelen van een privaatrechtelijke entiteit sterk door de overheid wordt gestuurd of zelfs geheel wordt bepaald, wil dus nog niet zeggen dat zij als bestuursorgaan is aan te merken. Alleen in gevallen waarin een privaatrechtelijke actor subsidies of uitkeringen verstrekt of anderszins direct op geld waardeerbare prestaties verricht en daarbij in wezen als verlengde arm van de overheid fungeert, kan dit anders zijn. Veel instellingen die nauw met de overheid zijn verweven, maar zich desalniettemin in een privaatrechtelijke gedaante hullen, behouden op die manier in beginsel hun privaatrechtelijke autonomie;<sup>103</sup> buiten het ambtenarenrecht

100 *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 3, p. 28.

101 S.E. Zijlstra in annotatie op ABRvS 30 november 1995, AB 1996/136. Meer in het bijzonder spreekt Zijlstra de vrees uit dat uitspraken als *Stichting Silicose* bij zullen dragen aan de juridische normalisering van de ‘ondoorzichtige en van rechtsstatelijke waarborgen gespeende wijze’ waarop wetgever en bestuur publieke taakvervulling steeds vaker organiseren. Om de burger toch van rechtsbescherming te kunnen voorzien stelde hij in latere publicaties een constructie voor op grond waarvan de bestuursrechter de bestreden beslissing zou kunnen vernietigen op grond van mandaatverlening aan een niet-ondergeschikte als bedoeld in artikel 10:4 Awb. Zie voor verdere bespreking van Zijlstra’s kritiek en een overtuigende verwerping van het door hem geboden alternatief o.a. de conclusie van A-G Widdershoven van 23 juni 2014, ECLI:NL:RvS:2014:2260, punt 3.25 e.v.

102 Daartoe putte de Afdeling vrij uitgebreid uit het verslag van een uitgebreide parlementaire commissievergadering waarin regeringscommissaris Scheltema de memorie van toelichting op dit punt preciseerde. Zie resp. *Kamerstukken II*, 1991/9292, UCV 17, p. 42-43 en *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 3, p. 27-28.

103 Vgl. o.a. Van Ommeren 2003, p. 143-144.

staat publiekrechtelijke rechtsbescherming hooguit open tegen privaatrechtelijke actoren die door de overheid volgens een in feite door de overheid zelf bepaald beleid van nader te verdelen middelen worden voorzien.<sup>104</sup>

De door de Afdeling in *Stichting Silicose* en *NV Luchthaven Schiphol* geworpen ankers werden in latere bestuursrechtelijke jurisprudentie verder ontwikkeld.<sup>105</sup> Voor zover de Afdeling de aangereikte uitgangspunten consistent hanteerde leek zij aanvankelijk te neigen tot steeds ruimere interpretaties,<sup>106</sup> terwijl zij meer recent juist tot een engere opvatting leek te tenderen.<sup>107</sup> Daarnaast bestond tussen de hoogste bestuursrechters onderling enige inconsistentie, waarbij het College van Beroep voor het bedrijfsleven een eigen koers leek uit te zetten.<sup>108</sup> In het belang van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechters werden de zaken *Schipholregio* en *Platform 31* daarom in 2014 verwezen naar de grote kamer als bedoeld in het nieuwe artikel 8:10a lid 4 Awb en werd de zojuist benoemde advocaat-generaal Widdershoven om een conclusie gevraagd. In zijn advies tracht Widdershoven de criteria van de financiële band ('de overheid betaalt') en de inhoudelijke band ('de overheid bepaalt') enigszins te objectiveren, waarbij hij tussen billijkheid en rechtszekerheid een zo evenwichtig mogelijke verhouding nastreeft. De idee van de 'publieke taak', in de literatuur wel begrepen als 'alles wat door de rechtsorde in het algemeen belang te verrichten wordt opgedragen', is volgens Widdershoven 'veel te vaag om door de rechter als zelfstandig inhoudelijk criterium te worden gebruikt'. Wat hem betreft dient de maatstaf van de 'publieke taak' daarom slechts de resultante te zijn van de financiële ('de overheid betaalt') en inhoudelijke ('de overheid bepaalt') band met de overheid, waarbij in institutionele overheidsinvloed hooguit een aanvullend argument kan worden gezien.<sup>109</sup> In *Schipholregio* en *Platform 31* en, korte tijd later, in een nieuwe uitspraak inzake de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen sloot de Afdeling zich daarbij aan.<sup>110</sup> Op die manier trachtte de Afdeling een nieuwe, meer dan voorheen op 'goed hanteerbare' formele criteria berustende duidelijkheid te verschaffen zonder de 'ratio van de publieketaakjurisprudentie' uit het oog te verliezen.<sup>111</sup>

Het lijkt echter de vraag of de Afdeling in die opzet is geslaagd. De door Widdershoven aangereikte nadere invulling van de vereiste financiële band (overheidsbekostiging van in beginsel ten minste twee derde, in ieder geval de helft) biedt enige houvast, maar is

104 Vgl. o.a. N. Verheij in annotatie op ABRvS 27 augustus 2003, AB 2004/10 (*Stichting Patiëntenfonds*); Zijlstra 2008, p. 22; Schlössels & Zijlstra 2010, p. 126 en p. 229, met uitgebreide verwijzingen naar meer actuele jurisprudentie.

105 Zie de conclusie van A-G Widdershoven van 23 juni 2014, ECLI:NL:RvS:2014:2260, punt 3.9 e.v., voor een superieure analyse.

106 Zie o.a. ABRvS 12 november 1998, AB 1999/30, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom (*Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen*), ABRvS 27 augustus 2003, AB 2004/10, m.nt. N. Verheij (*Stichting Patiëntenfonds*), ABRvS 19 mei 2004, JB 2004/256, m.nt. H. Peters (*Stichting Vuurwerkkramp*), ABRvS 23 december 2009, AB 2010/221, m.nt. H. Peters (*Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen*).

107 Zie o.a. ABRvS 15 juli 2009, AB 2009/247, m.nt. H. Peters (*Stichting Waarborgfonds Kinderopvang*).

108 CBb 31 maart 2009, JB 2009/140, m.nt. J.A.F. Peters (*Vereniging 'het Friesch Paardenstamboek'*); zie verder A-G Widdershoven in zijn conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL:RvS:2014:2260, punt 3.22.

109 A-G Widdershoven, conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL:RvS:2014:2260, punt 4.9.

110 Zie verder o.a. Peters 2015, § 5.

111 Zie o.a. ABRvS 17 september 2014, AB 2015/129, m.nt. H. Peters (*Schipholregio*), r.o. 5.1; ABRvS 17 september 2014, AB 2015/130, m.nt. H. Peters (*Platform 31*), r.o. 5.3 in combinatie met de conclusie van A-G Widdershoven van 23 juni 2014, ECLI:NL:RvS:2014:2260, punt 2.2.

allesbehalve scherpomlijnd. Hetzelfde geldt voor het criterium van de inhoudelijke band (feitelijke invloed op de criteria voor de besteding van de beschikbare middelen, institutionele overheidsinvloed hooguit als additioneel argument). Van een ‘betrekkelijk eenvoudig systeem’, zoals de commissie-De Monchy dat destijds voor zich zag, lijkt in ieder geval nog steeds geen sprake. Anderzijds kan worden betoogd dat de nieuw uitgezette lijn minder recht doet aan de materiële aard van de verhouding tussen de persoon of het college in kwestie enerzijds en de rechtzoekende anderzijds. De al dan niet in essentie publiekrechtelijke aard van die verhouding geldt immers niet langer als zelfstandig criterium, maar slechts als de afgeleide van de meer dan voorheen in formele zin gedefinieerde band van die persoon of dat college met de overheid. De koerswijziging inzake de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen is een treffend voorbeeld. In haar uitspraken uit 1998 en 2009 achtte de Afdeling het nog van belang dat het verstrekken van hypotheekgaranties een ‘voormalige overheidstaak’ betrof waarvoor de overheid zich blijvend verantwoordelijk achtte; de in wezen bestuursrechtelijke aard van de verhouding tussen de rechtzoekende en de Stichting die op grond daarvan in haar ogen bestond, was voor de Afdeling een belangrijke overweging om de Stichting als bestuursorgaan te kwalificeren en de rechtzoekende op die manier bestuursrechtelijke rechtsbescherming te bieden. In de huidige jurisprudentie speelt de aard van de verhouding tussen rechtzoekende en rechtspersoon geen eigen rol meer.<sup>112</sup>

Iets soortgelijks geldt voor de jurisprudentie waarin het publieketaakcriterium van belang is voor de beantwoording van de vraag of een bepaalde handeling van een bestuursorgaan zoals bedoeld artikel 1:1 lid 1 Awb onder a als besluit kan worden aangemerkt. In een klassieke uitspraak als *Groningse waterleidingbuizen*, gewezen onder de Wet Arob, ziet de Afdeling rechtspraak in een ‘publieke taak’ een voldoende publiekrechtelijke grondslag om de geweigerde toestemming tot het plaatsen van enkele leidingbuizen in gemeentegrond als appellabel besluit aan te merken. Daarbij stelt de Afdeling terecht dat de parlementaire geschiedenis van de Wet Arob niet vereist dat een beschikking steeds berust op ‘enig bijzonder staats- of administratiefrechtelijk voorschrift’ en stelt zij zich tevreden met een aantal wettelijke bepalingen waarin een publieke taak tot het beheer van de openbare ruimte meer in impliciete zin zou zijn aangegeven.<sup>113</sup> In een uitspraak als *Long Lin*, gewezen na invoering van de Awb maar inhoudelijk nog vallend onder de Wet Arob,<sup>114</sup> zet de Afdeling bestuursrechtspraak deze redeneerwijze voort. Anders dan in *Groningse waterleidingbuizen* laat de Afdeling in die uitspraak echter na voor de veronderstelde publiekrechtelijke taak een specifieke wettelijke grondslag te noemen.<sup>115</sup> Ook in *Brouwerssluis*<sup>116</sup> en *Onur Air*<sup>117</sup> is de wettelijke verankering van de door de Afdeling aangenomen publieke beheerstaak buitengewoon smal.<sup>118</sup> Buiten de sfeer

112 ABRvS 17 december 2014, *AB* 2015/131, m.nt. H. Peters (*Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen*), r.o. 1.2.

113 Daarbij ging het om artikel 209, aanhef en onder h, Gemeentewet, om artikel 15 e.v. Wegenwet en artikel 23 e.v. van de APV van de gemeente Groningen. Zie verder Van der Veen in *AB Klassiek* 2003, p. 313-315.

114 ABRvS 10 april 1995, *AB* 1995/498, m.nt. G.A. van der Veen, *AB Klassiek* 2003/32, m.nt. G.A. van der Veen (*Long Lin*).

115 Vgl. o.a. G.A. Van der Veen in annotatie op ABRvS 10 april 1995, *AB Klassiek* 2003/32, p. 313 e.v.

116 ABRvS 29 april 2003, *JB* 2003/150

117 ABRvS 3 september 2008, *Gst.* 2009/53

118 Vgl. o.a. Teunissen 2009, § 1.



van het publieke domein valt verder onder meer te wijzen op uitspraken als *Ghanese geboorteakte*, waarin de Afdeling de legalisatie van een geboorteakte door de Nederlandse ambassadeur in Ghana op grond van het publieketaakcriterium als besluit aanmerkt en ter formele onderbouwing daarvan niet verder komt dan het grondwettelijk voorschrift tot ‘bevordering van de internationale rechtsorde’.<sup>119</sup>

Aanvankelijk leek de publieketaakjurisprudentie ook voor zover zij betrekking heeft op de kwalificatie van overheidsbeslissingen derhalve een steeds ruimere koers te varen, waarbij behalve aan expliciete ook aan meer impliciete verankering van de publieke taak in de wet steeds minder aandacht werd besteed. Volgens sommigen tekent zich de laatste jaren evenwel een kentering af. Zo komt de Afdeling in *Steenbergen* uit 2007 tot het oordeel dat een aanzegging tot verwijdering van een op de openbare weg geplaatst hekwerk geen appellabel besluit is. Hiertoe overweegt zij ‘anders dan in eerdere uitspraken’ dat een publiekrechtelijke grondslag hiertoe niet kon worden gevonden in artikel 16 Wegenwet, dat stelt dat de gemeente heeft te zorgen ‘dat de binnen haar gebied liggende wegen [...] verkeer in goeden staat’.<sup>120</sup> In 2011 werd dat oordeel in een soortgelijke zaak bevestigd.<sup>121</sup> Maar sowieso lijkt in de publieketaakjurisprudentie maar weinig lijn te ontdekken. In weerwil van de meer spraakmakende gevallen waarin de bestuursrechter meer strategisch te werk gaat, zijn er tal van gevallen te noemen waarin beslissingen over vermeende overheidstaken *niet* als besluit werden aangemerkt.<sup>122</sup> Een sprekend voorbeeld is *Kabelkrant* uit 1997, waarin de Afdeling in volstreekte tegenspraak tot andere uitspraken uit die periode redeneert dat de weigering van overheidswege tot doorgifte van informatie via het gemeentelijke kabelnet geen besluit is omdat die weigering niet is terug te voeren op ‘enige bij algemeen voorschrift aan de burgemeester en wethouders verleende bevoegdheid’, zodat van een publieke beheersaak geen sprake zou kunnen zijn.<sup>123</sup> Onder liefhebbers van volstreekte rechtszekerheid heeft de publieketaakjurisprudentie daarom al jaren een slechte reputatie. ‘Wie vindt dat rechten en gokken verschillende grootheden zijn’, verzucht Van der Veen bijvoorbeeld, ‘mag het gebruik van de publiekrechtelijke taak niet bevorderen’.<sup>124</sup>

## 8. AUTONOMIE EN VERHOUDING

Al met al laat de jurisprudentie omtrent zelfstandige besluiten en publieke taken zien dat de interpretatie van het besluitbegrip onder de Awb, nog sterker dan onder de Wet Arob, uiteen wordt gereten door een formele opvatting van competentieverdeling enerzijds en meer relationele, in de eerste plaats op materiële *verhoudingen* geënte visies op de

119 ABRvS 18 februari 1999, *JB* 1999/52, m.nt. R.J.N. Schlössels (*Legalisatie*).

120 ABRvS 7 februari 2007, *Gst.* 2007/72, m. nt J.M.H.F. Teunissen, *AB* 2007/91, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

121 ABRvS 14 september 2011, *Gst.* 2011/111, m.nt. J.M.H.F. Teunissen. Zie verder o.a. ABRvS 26 april 2001, *AB* 2001/410, m.nt. B.J. Schueler en, meer recent, CRvB 10 juni 2014, *AB* 2014/329, m.nt. L.J.A. Damen, *AAe* 2015, p. 44-48, m.nt. H.Ph. J.A.M. Hennekens, waarin een lange jurisprudentiële lijn wordt voortgezet volgens welke in de ontzegging van de toegang tot overheidsgebouwen slechts een *privaatrechtelijke* en niet een *publiekrechtelijke* rechtshandeling wordt gezien. Zie de kritische noot van Damen en de welwillende annotatie van Hennekens voor verdere verwijzingen.

122 Vgl. o.a. G.A. van der Veen, noot bij ABRvS 10 april 1995, *AB Klassiek* 2003/32 (*Long Lin*), p. 316.

123 ABRvS 13 maart 1997, *JB* 1997/88, m.nt. R.J.N. Schlössels.

124 Van der Veen 2013, p. 142.



verdeling van rechtsmacht anderzijds. In Van der Hoeven's woorden valt de formele afbakening van het werkterrein van de bestuursrechter op grond van het besluitbegrip rechtstreeks terug te voeren tot een 'monistische' opvatting van het bestuursrecht die alle gezag herleidt tot 'een punt, de democratisch gelegitimeerde staat'.<sup>125</sup> De ratio van de positie van het besluit als centraal object van het bestuursrechtelijk geding is oorspronkelijk gelegen in de markering van een juridisch 'uitzonderingsterrein' dat aan het gezag van de gewone rechter is onttrokken. Met het uitblijven van de Wet Odol verdween die ratio met de invoering van de Wet Bab al meteen uit zicht. Daarnaast bleek de bestuursrechtelijke rechtsgang voor rechtzoekenden allerlei voordelen te bieden die in de praktijk ruimschoots opwogen tegen de aanvankelijk in theorie nog slechts onder curatele van het bestuur opererende bestuursrechter. Daarom is het niet vreemd dat de beschikking als formeel rechtsingangscriterium al onder de Wet Bab onder druk kwam te staan en onder de Wet Arob van een steeds meer materiële gedaante werd voorzien. Na invoering van de Awb leek 'de beer' aanvankelijk 'los' en ging de bestuursrechter onder meer over tot de introductie van het 'zelfstandige besluit' en een verdere verruiming van het publieketaakcriterium, zodat van een duidelijke afbakening van de competentie van de bestuursrechter weinig leek over te blijven.<sup>126</sup> Uiteindelijk maakte de bestuursrechter enigszins pas op de plaats en duwde hij de beer zo goed en zo kwaad als het ging weer terug in zijn hok. Desalniettemin ontwikkelde zijn meer materiële en strategische omgang met het besluitbegrip zich tot een vast onderdeel van de bestuursrechtspraak.

De verruimde interpretatie van het besluitbegrip onder de Awb kan niet los worden gezien van de vervanging van een 'monistische', sterk op 'autonome' voorstellingen van de staat en het recht berustende opvatting van het bestuursrecht door een 'relationeel' model dat uitgaat van intersubjectieve beginselen op grond waarvan overheid en burger onderling reeds van nature in een juridische relatie staan. Wie immers accepteert dat het bestuursrecht in wezen wordt beheerst door voorpositieve beginselen kan niet tegelijkertijd beweren dat het ideale werkterrein van de bestuursrechter wordt gevormd door een formeel juridisch domein dat door de wetgever bewust ten opzichte van het privaatrecht als het 'gemene recht' is uitgezonderd. Bij de halfslachtige en theoretisch nauwelijks doordachte wijze waarop de Awb werd ingevoerd gaf de wetgever zich daarvan onvoldoende rekenschap. Zo kon het gebeuren dat de 'autonome' figuur van het besluit als rechtsingangscriterium en spil van het bestuursproces gehandhaafd bleef, terwijl het stelsel van bestuursrechtspraak voor het overige juist sterk in 'relationele' zin werd hervormd. Daarmee kreeg het bestuursprocesrecht een sterk 'bipolair' karakter dat de taak van de bestuursrechter niet vereenvoudigde. Enerzijds werd hij geacht het proces meer dan voorheen toe te spitsen op de werkelijke verhoudingen tussen de voor hem verschijnende partijen. Anderzijds bleef de grondstructuur van het bestuursproces ongewijzigd en bleef zijn hoofdtaak in dogmatisch opzicht bestaan uit de bescherming van de abstracte rechtsorde tegen onrechtmatige 'jegens allen' gerichte handelingen waarmee de overheid 'iets verandert in de wereld van het recht'. Die spagaat bleek voor de rechter onhoudbaar.

125 Van der Hoeven 1989, p. 214-215; vgl. ook Van der Hoeven 1970, p. 206: 'Een van de kenmerken van een monistische soevereiniteitsleer is, dat zij het overheidsgezag juridisch tot één uitgangspunt herleidt.'

126 Kortmann 1997, p. 1327.

Door zijn strategische omgang met het besluitbegrip voort te zetten trachtte hij meer recht te doen aan concrete verhoudingen en particuliere omstandigheden; dat hij daarmee verder afbreuk deed aan het 'hoogst eenvoudige' systeem van competentieverdeling dat de commissie-De Monchy ooit voor ogen stond, kon hij daarbij niet voorkomen.

Over de spanning tussen vorm en inhoud waarin het 'bipolaire' besluitenprocesrecht resulteerde zijn de opvattingen in de literatuur sterk verdeeld. Voor sommigen gaat de meer materiële afbakening van het werkkerrein van de bestuursrechter nog lang niet ver genoeg.<sup>127</sup> Anderen zien in de vrije omgang met het besluitbegrip juist een enorme bedreiging. Kortmann, bijvoorbeeld, ziet in de introductie van 'nepbesluiten' op grond van algemene beginselen en publieke taken een gevaarlijk 'geknutsel met staatsrechtelijke principes'; De Wijkerslooth spreekt zelfs van een 'absolute ramp'.<sup>128</sup> Vanwege de rechtsonzekerheid waarin materiële criteria überhaupt resulteren acht Kortmann een vrije omgang met het besluitbegrip als rechtsingangscriterium hoogst ongewenst. Als onbeholpen 'doe-het-zelf' legt de rechter met zijn eigenstandige constructie van overheidsbevoegdheden op grond van algemene beginselen en publieke taken de bijl aan de wortels van de rechtsstaat, strijdig als dergelijk gebeunhaas zou zijn met de trias politica, de democratie en, vooral, met het legaliteitsbeginsel als waarborg voor de autonome levenssfeer van het individu als de belangrijkste pijlers van het moderne recht.<sup>129</sup> In de literatuur is op verschillende wijzen getracht die kritiek te pareren.<sup>130</sup> Zo bepleiten sommigen een 'multifunctionele en contextgevoelige' omgang met het besluitbegrip, waarbij het *doel* waarmee en de *concrete verhoudingen* waarbinnen de rechter overheidsbevoegdheden construeert een voorname rol spelen. Waar een formele omgang met de legaliteitseis voor de hand ligt bij dreigende inbreuken op zwaarwegende rechten of grondrechten, zou de rechter bij de begrenzing van zijn eigen rechtsmacht reukelijker te werk mogen gaan.<sup>131</sup> Anderen stellen de 'autonome' eis van formele legaliteit ook als zodanig ter discussie en nemen het 'relationele' standpunt in dat die eis ten opzichte van andere rechtsstatelijke waarden nu eenmaal geen monopoliepositie inneemt, maar in elk specifiek geval steeds opnieuw ten opzichte van andere beginselen moet worden afgewogen.<sup>132</sup> Scheltema, bijvoorbeeld, overweegt dat de ratio van de legaliteitseis per slot van rekening ligt in de bescherming van de burger tegen onrechtmatig overheidshandelen; daarom zou het niet in de rede liggen de burger juist op grond van deze eis een mogelijkheid tot rechtsbescherming te ontnemen.<sup>133</sup>

127 Teunissen 1997; Teunissen 2009.

128 Kortmann 1997, p. 1327; Kortmann 2009, p. 8. Zie Van Ettekoven & Schueler 1998, p. 346 voor de optekening van de mondelinge typering van de vrije omgang met het besluitbegrip door De Wijkerslooth als 'een ramp, een ramp, een absolute ramp'.

129 Kortmann 2009, p. 6.

130 Vgl. o.a. Voermans 2004, p. 11-13.

131 Van Ommeren & Huisman 2013, p. 69-70; zie ook Jurgens & Van Ommeren 2012, p. 172 e.v.; vgl. ook Van Ommeren 2002, p. 131 en Van Ettekoven & Schueler 1998.

132 Nieuwenhuis 1997b, p. 351-352; vgl. ook Scheltema 1989, p. 24.

133 Scheltema 1996, p. 1360.

## 9. SUBJECTUM LITIS EN FUNDAMENTUM PETENDI

Alle verdeeldheid ten spijt bestaat brede overeenstemming over het feit dat het huidige stelsel van rechterlijke competentieverdeling ernstig tekortschiet. In zijn pogingen tussen de ‘autonome’ waarden van formele legaliteit en rechtszekerheid enerzijds en ‘relationele’, primair op werkelijke sociale verhoudingen toegesneden beginselen anderzijds een ‘juist midden’ te vinden, creëerde de bestuursrechter een ingewikkeld stelsel dat vaak moeilijk werkbaar is. Zo meent Schueler dat competentievraagstukken veel ‘denkwerk [vergen] dat beter aan materieelrechtelijke vragen [...] besteed zou kunnen worden’.<sup>134</sup> De voornaamste oorzaak van dat probleem ligt volgens Backes in de tot mislukken gedoemde pogingen van de bestuursrechter om de kool en de geit te sparen en tussen vorm en inhoud een verstandig compromis te vinden.<sup>135</sup> De analyse van Schutgens stemt daarmee overeen. Het stelsel van competentieverdeling is volgens hem een ‘prachtig – eigenlijk een vreselijk – voorbeeld van een ontsprend samenstel van formele en materiële normen’. Als formele norm bood het besluitbegrip van oorsprong ooit het voordeel van een heldere afbakening van de competentie van de bestuursrechter. Vervolgens groeide echter het inzicht dat die heldere afbakening het nadeel met zich brengt dat geschillen die in materiële zin duidelijk van bestuursrechtelijke aard zijn aan de rechtsmacht van de bestuursrechter ontsnappen. Daarom riep de rechter allerlei ‘materiële hulpnormen’ te hulp om de pijn te verzachten en voortaan meer recht te doen aan werkelijke sociale verhoudingen. Door aldus te handelen liep de zaak echter volledig uit de hand en ontstond een situatie waarin zowel billijkheid als rechtszekerheid verloren ging.<sup>136</sup>

Dat Schutgens en Backes het in essentie eens zijn over de oorzaak van de problemen, betekent niet dat zij eenzelfde oplossing voor ogen hebben. Waar Schutgens een competentieverdeling wenst op grond van het criterium van het formele *subjectum litis* (‘betrokkene bij het geschil’) bepleit Backes juist een materieel stelsel waarin de verdeling van de rechtsmacht uitgaat van het wezenlijke publiek- of privaatrechtelijke *fundamentum petendi* (‘grondslag van het rechtsverzoek’).<sup>137</sup> In zijn pleidooi voor een formele competentieafbakening sluit Schutgens nauw aan bij zijn leermeester Kortmann, die in de ‘dogmatisch nagenoeg onbegrijpelijke jurisprudentie’ inzake zelfstandige besluiten en publieke taken een directe aanleiding zag het besluitbegrip als afbakeningscriterium in de ban te doen. Verkieslijk is wat hem betreft een stelsel waarin de verdeling van rechtsmacht niet afhangt van de *aard* van een handeling, maar van het antwoord op de vraag *wie* handelt; wanneer dat een overheidsorgaan is, zou de bestuursrechter in beginsel bevoegd moeten zijn.<sup>138</sup> ‘Aanknopen bij inhoudelijke begrippen’, aldus Kortmann, ‘veroorzaakt in het recht meestal meer (rechts)onzekerheid dan aansluiten bij formele begrippen’. Een strikt formele invulling van de leer van het *subjectum litis* zou voor die onzekerheid een goede oplossing zijn en het gevaarlijke ‘geknutsel’ met staatsrechtelijke grondbeginselen

134 Schueler 2005b, p. 68; vgl. Backes 2009, p. 21-22.

135 Backes 2009, p. 16.

136 Schutgens 2012, p. 32-35.

137 Schutgens 2012, p. 35-37; Backes 2009, p. 39-43.

138 Zie Kortmann 1998, p. 190-191, waar Kortmann onder meer uitgaat van de onjuiste veronderstelling dat de competentie van de bestuursrechter in Nederland van oudsher is verbonden aan de publiekrechtelijke rechtshandeling als een materieel en daardoor slechts vagelijk te begrenzen begrip.

voortaan overbodig maken.<sup>139</sup> Het voorstel van Schutgens is iets genuanceerder. De ‘baten van materiële normstelling’ wegen ter afbakening van de rechtsmacht van de bestuursrechter in zijn analyse niet op tegen de nadelen ervan. Dat de bestuursrechter zich soms zal buigen over privaatrechtelijke zaken en de burgerlijke rechter zich soms zal moeten buigen over bestuursrechtelijke kwesties, is volgens Schutgens in een formeel stelsel van competentieverdeling nu eenmaal onvermijdelijk. Sowieso zou dat probleem in een stelsel dat uitgaat van het formele *subjectum litis* erg meevallen doordat dat criterium een goede ‘formele vertaling’ zou zijn van de ratio die aan competentieverdeling ten grondslag ligt: laagdrempelige, informeel en inquisitoir opgezette rechtspraak in bestuursrechtelijke geschillen en meer adversaire, met waarborgen omklede rechtspraak in het privaatrecht.<sup>140</sup> Desgewenst, zo merkt hij op, kunnen ter correctie eventueel een aantal ‘materiële hulpcriteria’ in het leven worden geroepen die de pijn aan de ‘rafelranden’ van het *subjectum litis* enigszins verzachten; voor het overige laat hij rechtszekerheid evenwel prevaleren boven een billijke verdeling van rechtsmacht.<sup>141</sup>

Een blik op de ontwikkeling van het Franse stelsel van bestuursrechtspraak leert echter dat een formeel *subjectum-litis*-stelsel niet per se zaligmakend is. Berucht is onder meer het Blanco-arrest uit 1873, dat bepaalt dat werknemers van een door de staat geëxploiteerd tabaksbedrijf hun werkzaamheden uitvoeren in het kader van een ‘service public’, zodat een verzoek om vergoeding van door hen toegebrachte schade in hoogste instantie slechts kan worden behandeld door de Conseil d’Etat.<sup>142</sup> Reeds ten tijde van het Blanco-arrest correspondeerde het in dat arrest nogal rigide gehanteerde criterium van het *subjectum litis* nauwelijks met een sociale realiteit waarin het publieke en het private domein steeds meer vervlochten raakten. Toen die vervlechting met de opkomst van de sociale rechtsstaat nog verder toenam bleek het *subjectum litis* als strikt formele grondslag voor competentieverdeling onhoudbaar te zijn. De spanning tussen de sterk ‘autonome’ republikeinse ideologie die achter het Franse stelsel schuilgaat en de werkelijkheid waarop zij betrekking heeft, leidde zelfs tot een lange ‘crise du service public’ die in het interbellum begon en in feite nog steeds voortduurt.<sup>143</sup> Met Kortmann zou eventueel geredeneerd kunnen worden dat het Franse recht de crisis waarin het terecht is gekomen over zichzelf heeft afgeroepen; ondanks de ‘historische voorkeur voor heldere onderscheidingen’, redeneert Kortmann, is het gaandeweg ‘in het moeras van materiële distincties [...] beland’.<sup>144</sup> De vraag werpt zich daarbij evenwel op of het realistisch is te veronderstellen dat de Franse rechter de maatschappelijke druk om aan te sluiten bij sociale veranderingen en werkelijke verhoudingen had kunnen weerstaan. Aannemelijker dan Kortmanns redenering lijkt daarom Boks conclusie dat de formele *subjectum-litis*-leer als grondslag voor de verdeling van rechtsmacht de crisis van de administratieve rechtspraak reeds in zich draagt. De negentiende-eeuwse idee van een steriele scheiding tussen staat

139 Vgl. ook Kortmann 1987, p. 62-63: ‘Formele onderscheidingen bieden dikwijls helderheid, materiële zelden. [...] Zodra men [...] begrippen gaat ‘vullen’ met materiële criteria [...] verliezen zij licht hun functie.’

140 Schutgens 2012, p. 36-37.

141 Schutgens 2012, p. 42.

142 Tribunal des Conflits 8 februari 1873, *D.* 1873, 3, 317 (*Blanco*). Zie verder o.a. Bok 2001, p. 40.

143 Vgl. o.a. Gonod 2006, p. 74 e.v.

144 Kortmann 1987, p. 63.

en maatschappij voldoet immers op geen enkele manier meer aan de maatschappelijke werkelijkheid, zodat een stelsel van competentieverdeling dat op die idee is gebaseerd tot mislukken gedoemd lijkt.<sup>145</sup>

Wezenlijk anders van aard is het materiële *fundamentum petendi* op grond waarvan Backes de rechtsmacht graag verdeeld ziet. In een samen met Jansen geschreven bijdrage pleit hij voor een ‘integrale verbouwing’ van het stelsel van rechtsbescherming waarbij de ‘magische lijn’ tussen publiek- en privaatrecht rigoureus wordt verschoven; alleen op die manier zou een situatie kunnen ontstaan waarin de burgerlijke rechter en de bestuursrechter ‘ieder het zijne’ krijgen toebedeeld.<sup>146</sup> Anders dan Schutgens achten Backes en Jansen het niet nodig de nu eenmaal grillig verlopende scheiding tussen publiek- en privaatrecht te voorzien van een formeel criterium dat de bestuursrechter reeds bij voorbaat voorschrijft hoe hij publiek- en privaatrechtelijke geschillen uit elkaar moet houden. Een stelsel van rechtsbescherming dat werkelijk aansluit bij de sociale realiteit zal nu eenmaal nooit kunnen ontkomen aan een aanzienlijk ‘schemergebied’ waarvan de publiek- of privaatrechtelijke aard moeilijk valt te bepalen. Ervaringen in binnen- en buitenland met kunstmatige afbakeningscriteria laten volgens Backes en Jansen zien dat formele begrenzing van bestuursrechtelijke competentie in de huidige maatschappelijke omstandigheden hoe dan ook onbevredigend is; de alomtegenwoordige jurisprudentiële vervaging van dergelijke criteria bewijst dat in hun ogen. De wetgever zou er daarom beter aan doen de idee van het bestuursrecht als een formeel ten opzichte van het privaatrecht af te bakenen ruimte geheel te laten varen. Verdeling van rechterlijke competentie volgens het materiële concept van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking zou kunnen bewerkstelligen dat de burgerlijke rechter en de bestuursrechter beiden de rechtsmacht verkrijgen die hun ook daadwerkelijk toekomt, zonder het bestuursrecht nog langer als een kunstmatige uitzondering op het privaatrecht te beschouwen.<sup>147</sup> Een blik op het Duitse recht zou leren dat een dergelijk materieel criterium in de praktijk geen onoverkomelijke bezwaren hoeft op te leveren.<sup>148</sup>

## 10. ‘GROEIMODEL’

Fundamentele stelselwijzigingen op grond van principiële overwegingen hebben onder Nederlandse juristen nooit veel aanhang gehad. Dogmatische bewondering voor het ‘volledig en gesloten systeem’ van het Franse bestuursrecht wordt reeds sinds de dagen van Wiarda en Scheltema veelal gecombineerd met een praktische voorkeur voor de eigen rechtscultuur. Van een soortgelijke ambivalentie lijkt bij velen sprake in verhouding tot het Duitse bestuursrecht, dat meer dan het Nederlandse berust op fundamentele uitgangspunten. Aldus wordt traditioneel genoeg genomen met een stelsel waarin de vele hiaten in de bestuursrechtelijke rechtsbescherming worden opgevangen door de ongekende ‘rijkdom aan vormen’ van het privaatrecht als het alomvattende ‘gemene recht’.<sup>149</sup> Zowel de invoering als de langdurige handhaving van het besluitbegrip als

145 Bok 2001, p. 43; vgl. ook De Graaf 2013, p. 237.

146 Backes & Jansen 2010, p. 93-95.

147 Backes & Jansen 2010, p. 91-93; Backes 2009, p. 39-41.

148 Vgl. Backes 2009, p. 43; vgl. ook Schlössels 2003, p. 50-51.

149 Scheltema 1927, p. 265; Wiarda 1939, p. 48.

bestuursrechtelijk rechtsingangscriterium is een duidelijke uitwerking van die voorstelling van zaken. Nu die constructie in toenemende mate als beknellend wordt ervaren wordt vrij algemeen erkend dat verruiming van de competentie van de bestuursrechter hard nodig is. De meeste auteurs schrikken daarbij nog altijd terug voor een systematische herziening op grond van een formeel *subjectum litis*, zoals in Frankrijk, of een materieel *fundamentum petendi*, zoals in Duitsland. In plaats daarvan wordt veelal een voorzichtige uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter bepleit die enerzijds aansluit bij de traditie van het Nederlands besluitenprocesrecht en anderzijds de nodige vernieuwingen brengt.<sup>150</sup> Een vrij gedetailleerd voorstel is eens te meer gedaan door Van Ommeren en Huisman, die in hun preadvies voor de VAR uit 2013 een ‘groeimodel’ voorstellen waarin de idee van het besluit als de ‘harde, min of meer duidelijke kern’ van het bestuursrecht gehandhaafd blijft, en naast het klassieke beroep tegen een besluit verschillende verzoekschriftprocedures worden geïntroduceerd die de rechtsmacht van de bestuursrechter stapsgewijs uitbreiden naar het ‘omringend bestuursrecht’ waarvan de contouren veel vager zijn.<sup>151</sup>

Van Ommeren en Huisman gaan daarbij uit van een zienswijze waarin de publiekrechtelijke rechtshandeling die een specifiek aanknopingspunt heeft in de werkelijkheid maar toch ook ‘jegens allen’ iets verandert in de ‘wereld van het recht’, nog altijd wordt beschouwd als de ‘vorm van besturen’ bij uitstek. Het bestuursrecht zou derhalve in meest typische zin bestaan uit besluiten en daarnaast uit een minder duidelijk omlinjende ‘periferie’ waartoe verrichtingen behoren die nauw aan een besluit zijn gerelateerd, zoals de feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen ter voorbereiding en uitvoering ervan. Deze handelingen zijn weliswaar geen besluiten, maar worden desalniettemin verricht binnen bestuursrechtelijke verhoudingen. Aan het besluit als de ‘kern van het bestuursrecht’ koppelen Van Ommeren en Huisman het traditionele vernietigingsberoep als de meest geëigende vorm van rechtsbescherming. De ‘kerntaak’ van het bestuur bestaat in hun visie uit ‘het vormen en vaststellen van nieuw objectief recht’; de verwijdering van een besluit uit de rechtsorde is volgens hen bij uitstek een instrument waarmee de rechter burgers op een doeltreffende en betrekkelijk eenvoudige manier tegen de publiekrechtelijke rechtsgevolgen van zo’n besluit kan beschermen.<sup>152</sup> De praktische nadelen van het stelsel van ‘vernietigen en opnieuw voorzien’ zouden voldoende worden ondervangen door de recent getroffen voorzieningen die het vernietigingsberoep meer toesnijden op finale geschilbeslechting.<sup>153</sup> Daarnaast bepleiten zij de geleidelijke aanbouw van een aantal voorzieningen voor zelfstandige verzoeken en nevenvorderingen waarmee uiteindelijk ook de ‘periferie’ van het bestuursrecht zou kunnen worden bestreken.<sup>154</sup> Laagdrempelige, betrekkelijk informele en in beginsel inquisitoir opgezette rechtsbescherming dient in hun ogen uiteindelijk beschikbaar te zijn in alle gevallen waarin een rechtsgeschil voortkomt uit een ‘bestuursrechtelijke rechtsbetrekking’.<sup>155</sup>

150 Vgl. o.a. VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 23-26.

151 Van Ommeren & Huisman 2013, p. 12-15.

152 Van Ommeren & Huisman 2013, p. 80-81; vgl. verder o.a. VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 76-77; Verheij 1999b, p. 279.

153 Van Ommeren & Huisman 2013, p. 81; vgl. o.a. VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 73-76.

154 Van Ommeren & Huisman 2013, p. 81-83.

155 Van Ommeren & Huisman 2013, p. 43 e.v.



Bij hun definitie van dat begrip gaan Van Ommeren en Huisman niet uit van het abstracte, op wezenlijke intersubjectieve betrokkenheid geënte begrip dat theoretici als Achterberg, Hirsch Ballin en Foqué daarbij voor ogen hebben, maar zoeken zij aansluiting bij Vegting, die de ‘administratieve rechtsbetrekking’ meer in formele zin begrijpt als de verhouding die tussen de overheid en een rechtssubject kan ontstaan op grond van de wet, een beschikking of een privaatrechtelijke rechtshandeling die voorbereidt op het nemen van een besluit.<sup>156</sup> De meer formele uitleg van het rechtsbetrokkingsbegrip zou een criterium bieden waarmee de competentie van de bestuursrechter betrekkelijk scherp kan worden afgebakend. Wat de ‘binnengrenzen’ van de betrekking betreft houden zij daarbij vast aan de elementen ‘bestuursorgaan’ en ‘publiekrechtelijk’ zoals die zich in de bestuursrechtspraak hebben uitgekristalliseerd. De deels materiële omgang met die termen bij de strategische interpretatie van de artikelen 1:1 en 1:3 Awb zou niet tot een dusdanige rechtsonzekerheid hebben geleid dat er niet mee te leven valt.<sup>157</sup> Het voor rechterlijk beroep vereiste rechtshandelingskarakter laten Van Ommeren en Huisman echter los. Daarvoor in de plaats, aan de ‘buitengrenzen’ van de rechtsmacht van de bestuursrechter, vereisen zij dat de bestreden overheidshandeling op enigerlei wijze *gerelateerd* is aan een overheidsbesluit. Daarbij kan het bijvoorbeeld gaan om feitelijke voorbereidings- of uitvoeringshandelingen, maar ook om bevoegdhedenovereenkomsten.<sup>158</sup> De idee van het besluit als de kern van het bestuursrecht blijft op die manier voortbestaan, terwijl anderzijds wordt erkend dat die kern is ingebed in de dynamische en voortgaande context van concrete bestuursrechtelijke *verhoudingen* tussen overheidsorganen en andere rechtssubjecten.<sup>159</sup> Van Ommeren en Huisman zelf scharen het door hen voorgestelde model onder de bredere theoretische noemer van de ‘gemeenschappelijke rechtsleer’, die publiek- en privaatrecht terugvoert op gemeenschappelijke beginselen maar tegelijkertijd de ‘eigen aard’ van elk afzonderlijk rechtsgebied benadrukt.<sup>160</sup>

Met hun ‘groeimodel’ lijken Van Ommeren en Huisman een *communis opinio* te verwoorden die zich de laatste jaren in de bestuursrechtelijke literatuur steeds duidelijker aftekent. In haar dissertatie uit 2002 hanteert Pront-van Bommel bijvoorbeeld als uitgangspunt dat geschillen die in wezen voortkomen uit bestuursrechtelijke verhoudingen zo veel mogelijk onder de bestuursrechter vallen, en privaatrechtelijke geschillen onder de burgerlijke rechter.<sup>161</sup> Het concept van de ‘bestuursrechtelijke rechtsbetrekking’ zoals onder andere gehanteerd door Hirsch Ballin, Foqué en Achterberg, die uitgaan van een voor-positieve juridische betrokkenheid tussen overheden enerzijds en burgers anderzijds, acht zij voor dit doel veel te onduidelijk; ‘wanneer deze aanvangt, eindigt [en] wat deze tot onderwerp heeft’ zou in hun theorieën te veel in het vage blijven.<sup>162</sup> De figuur van de ‘bestuursrechtelijke verbintenis’ als de meer concrete afgeleide van een besluit, een bevoegdhedenovereenkomst of, in uitzonderlijke gevallen, van de bestuursrechtelijke

156 Van Ommeren & Huisman 2013, p. 43-44; Vegting 1954, deel 1, p. 169 e.v.; zie voor Vegttings beperkte rechtsbetrokkingsbegrip verder o.a. Pront-van Bommel 2002, p. 78-80.

157 Van Ommeren & Huisman 2013, p. 20-24.

158 Zie meer uitgebreid Huisman 2012, p. 563 e.v.

159 Van Ommeren & Huisman 2013, p. 47-50.

160 Van Ommeren & Huisman 2013, p. 67-69.

161 Pront-van Bommel 2002, p. 37.

162 Pront-van Bommel 2002, p. 77; vgl. ook Verheij 1999a, p. 67.



werking van een algemeen rechtsbeginsel, zou ter afbakening van de competentie van de bestuursrechter veel beter voldoen.<sup>163</sup> In hun gezamenlijke studie naar de grondslagen van het bestuursprocesrecht sluiten De Poorter en De Graaf daarbij aan. Evenals Van Ommeren en Huisman pleiten zij voor een geleidelijke uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter waarbij diens competentie uiteindelijk in beginsel de met het besluit samenhangende gedragingen ‘in alle stadia voor, tijdens en na de totstandkoming van [dat] besluit’ zou moeten omvatten. Op die manier pleiten De Poorter en De Graaf voor een ‘gecontroleerde uitbreiding’ van de rechtsmacht van de bestuursrechter die enerzijds meer recht doet aan de materiële aard van het geschil, maar anderzijds vasthoudt aan het besluit als formeel criterium aan de hand waarvan het door de bestuursrechter bestreken domein ten opzichte van dat van de burgerlijke rechter als ‘restrechter’ wordt afgetekend.<sup>164</sup>

## 11. SCHADEVERGOEDING

Hoe verhouden dergelijke theoretische bespiegelingen zich nu tot de ontwikkeling van het positieve bestuursrecht? Een in het oog springende verandering is ten eerste de nieuwe verdeling van rechtsmacht inzake overheidsaansprakelijkheid die is vervat in de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten (Wns). Door de strategische omgang van de bestuursrechter met het besluitbegrip en de aarzelende reactie daarop van wetgever ontstond op het terrein van het schadevergoedingsrecht in de loop van de jaren negentig een onoverzichtelijke situatie die door Schueler onder meer als ‘doolhof’ en ‘labyrint’ is aangeduid.<sup>165</sup> De rechtsmachtverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter werd daarbij bepaald door een kluwen van hoofdregels en uitzonderingen die voor rechtzoekenden nauwelijks te ontwarren viel. Bovendien leidde het stelsel vaak tot een kunstmatige splitsing van geschillen die integrale beslechting van het rechtsconflict ernstig bemoeilijkte. In mei 2007 publiceerde een door Scheltema voorgezeten commissie een wetsontwerp dat verbeteringen zou moeten brengen; uiteindelijk leidde dat ontwerp tot de Wns, die voorstellen behelst voor een nieuwe rechtsmachtverdeling inzake schadevergoeding wegens rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad. Voor zover zij nadeelcompensatie betreft wacht de nieuwe regeling nog op inwerkingtreding; het gedeelte over schadevergoeding wegens onrechtmatige overheidsdaad is van kracht sinds 1 juli 2013. De nieuwe regeling ter vergoeding van nadeelcompensatie is overwegend positief ontvangen; over het reeds in werking getreden deel over schadevergoeding wegens onrechtmatige daad zijn de meningen sterk verdeeld. Enerzijds wordt door sommigen toegejuicht dat de nieuwe regeling enkele ingewikkelde knopen doorhakt, zodat op sommige punten een eenvoudiger en duidelijker stelsel is

<sup>163</sup> Pront-van Bommel 2002, p. 83-96.

<sup>164</sup> De Poorter & De Graaf 2011. Zie verder o.a. Van Angeren 2010, p. 214; Schlössels 2003, p. 53 e.v.; VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 82 e.v.; Polak 1999, p. 157 e.v.

<sup>165</sup> Schueler 2004; Schueler 2007b; vgl. ook Schlössels 2003 en De Graaf & Marseille 2007.

ontstaan.<sup>166</sup> Anderzijds wordt vrij algemeen betreurd dat een onderliggende visie op het verschil tussen privaats- en publiekrecht daarbij lijkt te ontbreken.<sup>167</sup>

Het reeds in werking getreden deel van de Wns over schadevergoeding wegens onrechtmatige overheidshandelingen maakt de bestuursrechter voortaan exclusief bevoegd tot een oordeel over schadeverzoeken op het terrein dat tot de competentie van de Centrale Raad van Beroep of de Hoge Raad behoort (artikel 8:89 lid 1 Awb), waarbij expliciet is bepaald dat de oorzaak van de schade gelegen kan zijn in een onrechtmatig besluit, een feitelijke handeling ter voorbereiding van een besluit en, in ambtenarenzaken, in feitelijke handelingen zonder meer (artikel 8:88 lid 1). De burgerlijke rechter is in beginsel exclusief bevoegd tot het geven van een oordeel op de terreinen van de Afdeling bestuursrechtspraak en het CBb (artikel 8:89 lid 2 Awb). Een uitzondering geldt voor kleinere schadezaken, waarbij het verzoek om schadevergoeding maximaal 25.000 euro bedraagt; in dergelijke zaken is de bestuursrechter naast de burgerlijke rechter bevoegd.<sup>168</sup> Voorts behelst de nieuwe regeling de introductie van een bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure (8:90 Awb). Al met al vervangt de nieuwe regeling het traditionele toetsingsmodel, waarbij overheidshandelen *erga omnes* wordt getoetst aan abstracte rechtmatigheid *ex tunc*, door een procedure waarin de rechter zich primair uitspreekt over de rechtsverhouding tussen concrete partijen *ex nunc*. In praktische zin valt de verandering overigens mee, omdat de verzoeker op grond van artikel 8:90 lid 2 Awb zich in beginsel ten minste acht weken voorafgaand aan zijn verzoekschrift met een schriftelijk verzoek om schadevergoeding tot het bestuur dient te richten; *de facto* zal een beroep op de rechter dus veelal de in reactie op dat verzoek door het bestuur genomen schadebeslissing of het uitblijven daarvan behelzen.<sup>169</sup> Niettemin spreekt de wetgever de hoop uit dat de nieuwe regeling de rechter meer ruimte geeft om door te dringen tot de kwestie ‘waar het alle partijen werkelijk om gaat’, namelijk of, en zo ja, tot welk bedrag er een verbintenis bestaat tot schadevergoeding.<sup>170</sup>

De Wns is betrekkelijk eenvoudig opgezet en hakt inzake de rechterlijke competentieverdeling op trefzekere wijze enkele ingewikkelde knopen door. Hoewel er volgens sommigen nog verschillende ‘losse eindjes’ overblijven,<sup>171</sup> wordt de nieuwe duidelijkheid waarin de wet belooft te resulteren door sommigen van harte toegejuicht.<sup>172</sup> Anderen zijn minder mild. Vooral het gedeelte over schadevergoeding wegens onrechtmatige overheidsdaad ontmoet in de literatuur veel kritiek. Zo signaleert Schueler dat met de invoering van de nieuwe regeling een praktisch bezwaar herleeft dat met de introductie van het zelfstandige schadebesluit nu juist was beëindigd.<sup>173</sup> Omdat de wet

166 Zie in deze zin o.a. Van der Feltz 2007, p. 846-852.

167 Zie o.a. Schueler 2010, p. 154, die in de nieuwe taakverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter niet veel meer ziet dan een pragmatische ‘taartverdeling’; vgl. ook Schueler 2007b.

168 *Kamerstukken II* 2010/11, 32621, 3, p. 38.

169 Vgl. o.a. *Kamerstukken II* 2010/11, 32621, 3, p. 40: ‘Hoewel er duidelijke verschillen zijn tussen de verzoekschriftprocedure enerzijds en de procedure van toetsing aan besluiten anderzijds, is ervoor gekozen om bij de procesgang van de nieuwe verzoekschriftprocedure zoveel mogelijk aan te sluiten bij de thans in hoofdstuk 8 van de Awb neergelegde procesgang.’

170 *Kamerstukken II* 2010/11, 32621, 3, p. 40.

171 Zie o.a. Van Ettekoven & Schueler 2013, p. 209 e.v.

172 Van der Feltz 2007, p. 846; Van Ravels 2005, p. 518 e.v.

173 Schueler 2007b, p. 287 e.v.

de Afdeling en het CBB in grotere schadezaken de mogelijkheid tot het toekennen van schadevergoeding ontnemt, worden rechtzoekenden opnieuw gedwongen in die zaken twee afzonderlijke procedures te doorlopen.<sup>174</sup> Daarnaast hekelt Schueler de argumenten die door de commissie aan de bevoegdheidsverdeling ten grondslag zijn gelegd. Van een doordachte visie op het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht is in de nieuwe wet ‘weinig of niets’ terug te vinden.<sup>175</sup> Schuelers kritiek op het weinig visionaire karakter van de Wns wordt in de literatuur breed gedeeld. Polak omschrijft het voorontwerp bijvoorbeeld als een ‘goede polderoplossing’, maar ook als ‘slot op de toekomst van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming’. Naar Polak vreest zal de nieuwe regeling leiden tot het ‘cementerend’ van de daarin besloten competentieverdeling en daarmee tot de ‘continuering van de daarmee verbonden nadelen’; de in zijn ogen zo noodzakelijke meer fundamentele discussie over verdeling van rechtsmacht zou door de Wns in de kiem worden gesmoord.<sup>176</sup> Die kritiek is op zichzelf terecht, maar neemt niet weg dat de Wns met de introductie van een bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure als aanvulling op het klassieke vernietigingsberoep toch ook een belangrijke stap zet die op zichzelf niet misstaat in het meer systematische ‘groeimodel’ van Van Ommeren en Huisman.

## 12. SOCIAAL DOMEIN

Ook de rechterlijke competentieverdeling binnen het sociaal domein is volop in ontwikkeling. Decentralisatie van taken en bevoegdheden in het sociaal domein beoogt onder meer een meer integrale benadering van hulpbehoevende burgers waarbij wordt gewerkt in multidisciplinaire ‘wijkteams’ die zich van de schotten tussen afzonderlijke wetten en afzonderlijke afdelingen van de overheid niets aantrekken.<sup>177</sup> Bij de beoordeling van verzoeken om maatschappelijke ondersteuning is het de bedoeling dat de gemeente ‘een brede blik’ hanteert en particuliere mogelijkheden en beperkingen uitgebreid in kaart brengt. Niet de afzonderlijke wetten of daarvan afgeleide abstracte rechten, maar de problematiek van de persoon of het huishouden als geheel staat centraal. In dat opzicht is de Wmo 2015 duidelijk een nadere uitwerking van het regeerakkoord, dat spreekt van ‘één gezin, één plan, één regisseur’.<sup>178</sup> Behalve de schotten tussen wettelijke regelingen beoogt de Wmo 2015 ook de schotten tussen de overheid en particuliere verzekeraars en zorgaanbieders te beslechten. De memorie van toelichting spreekt plechtig van de ‘gezamenlijke doelen’ die publieke en private partijen in dit verband zouden hebben, zoals het vergroten van de kwaliteit van dienstverlening, kostenbeheersing en het delen van informatie over cliënten. Die gezamenlijke doelen ziet de wetgever graag terug in een innige samenwerking, waarbij wederzijdse afstemming en ondersteuning tussen de gemeente

174 Vgl. naar aanleiding van de uiteindelijke wet o.a. Schueler 2013, p. 196.

175 Schueler 2007b, § 2.3.

176 Polak 2007, p. 2022-2023; vgl. o.a. Backes 2009, p. 37; Damen 2010, p. 123; De Poorter & De Graaf 2011, p. 137.

177 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 21-22.

178 ‘Bruggen slaan’, regeerakkoord VVD-PvdA 29 oktober 2012, p. 24.

enerzijds en private zorgaanbieders en -verzekeraars anderzijds uiteindelijk zou moeten leiden tot ‘zo integraal mogelijke dienstverlening’ aan particuliere hulpbehoevenden.<sup>179</sup>

Wat kan de hulpbehoevende burger nu ondernemen wanneer hij zich tekort gedaan voelt? Het besluitenprocesrecht schrijft voor dat bezwaar en beroep alleen openstaan ter bestrijding van besluiten; wanneer de rechtzoekende wenst te ageren tegen handelingen ter voorbereiding of uitvoering daarvan, kan hij afgezien van de klachtprocedure slechts terecht bij de burgerlijke rechter. De voorbereiding en uitvoering van het besluit, die vaak door private partijen geschiedt, is voor de betrokkenen vaak even relevant als het besluit zelf. Vanwege de hoge drempels die rechtzoekenden veelal ervaren komt de gang naar de burgerlijke rechter in het sociaal domein haast niet voor; *de facto* zijn hulpbehoevende burgers voor de bescherming van hun rechten geheel aangewezen op de bestuursrechter.<sup>180</sup> Waarom zou deze zich nu wel mogen uitspreken over een besluit over een maatwerkvoorziening, maar in beginsel niet over andere handelingen van bestuursorganen en private partijen die de burger evenzeer in zijn positie raken? De Wmo 2015 gaat bij uitstek uit van een *integrale*, niet primair op onbepaalde juridische abstracties maar veeleer op bepaalde verhoudingen en omstandigheden georiënteerde beoordeling van de rechten en plichten van individuen. Het besluitenprocesrecht neigt er juist toe geschillen die door de burger als een eenheid worden ervaren in stukken uiteen te knippen. Vaak betreffen de grieven van de burger niet zozeer de door het bestuur toegekende ‘maatwerkvoorziening’ zelf, maar de nadere precisering en uitvoering daarvan, die dikwijls grotendeels zijn uitbesteed aan private instellingen waaraan de behoeftige burger even willoos is overgeleverd als aan de overheid zelf. Desalniettemin is de burger voor rechtsbescherming tegen die instellingen veelal aangewezen op de moeilijke gang naar de burgerlijke rechter.<sup>181</sup>

In reactie op het probleem van een ‘versnipperd’ en weinig toegankelijk stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming tendeeft de bestuursrechter intussen tot een vrij ruime taakopvatting. Sowieso lijkt de door de Wmo-wetgever beoogde classificatie van de uitkomst van het vrij algemeen als ‘keukentafelgesprek’ aangeduide onderzoek zoals bedoeld in artikel 2.3.2 Wmo 2015, als niet-appellabele bestuurlijke ‘standpuntbepaling’ in de jurisprudentie geen stand houden; mede in het licht van recente uitspraken van de Raad van State over wettelijke meldingenstelsels valt te verwachten dat de bestuursrechter het schriftelijke verslag van het onderzoek naar de concrete behoeften en mogelijkheden van burgers zal behandelen als een appellabel besluit.<sup>182</sup> Daarnaast ziet de bestuursrechter soms een appellabel besluit in de nadere precisering van een maatwerkvoorziening door een private instelling; in dergelijke gevallen zou sprake zijn van ‘verlengde besluitvorming’.<sup>183</sup> Ook binnen het bestuur zelf wordt de beperkte en eenvormige ‘mal’ van het besluit als centraal object van bezwaar en beroep vaak als knellend ervaren. Daarom worden van

179 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 22-24.

180 Vgl. o.a. Marseille 2015b, p. 17 e.v.

181 Vgl. o.a. Scheltema 2015, p. 5-6.

182 ABRvS 14 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:36; ABRvS 14 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:14. Zie ook de conclusie van A-G Widdershoven van 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4116.

183 Rb. Rotterdam 1 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2196; Rb. Oost-Brabant 12 juni 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3340. Maar zie o.a. Rb. Rotterdam 24 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6092 voor een oordeel dat anders uitvalt.

overheidswege onder meer initiatieven ontplooid om klachten en bezwaarschriften inzake het sociaal domein zo veel mogelijk geïntegreerd te behandelen.<sup>184</sup> Al die initiatieven passen in een overkoepelend streven naar een zo samenhangend mogelijke beslechting van juridische geschillen die zo nauw mogelijk aansluit op de ‘integrale’ en ‘relationele’ benadering die aan de vernieuwingen in het sociaal domein ten grondslag ligt.

Los van deze initiatieven is binnen het Ministerie van Veiligheid en Justitie een werkgroep actief die werkt aan een wetsontwerp dat voorziet in een meer systematische oplossing voor de gerezen problemen. Daarbij heeft de werkgroep de invoering van een bezwaar- en verzoekschriftprocedure voor ogen waarbij niet alleen besluiten, maar ook overheidshandelingen ter voorbereiding of uitvoering van besluiten aan de orde kunnen worden gesteld. Voor zover het bestuur een privaatrechtelijke partij heeft belast met de uitvoering van zijn taak kan het bezwaar of verzoek ook betrekking hebben op het handelen van die private partij. Nu het besluit als centraal object van het geding is ingewisseld voor het verzoek van de belanghebbende kan de rechter zijn uitspraak zonder omwegen toesnijden op de vaststelling van de onderlinge rechtsposities van de betrokken partijen. Op die manier volgt de werkgroep het ‘groeimodel’ van Van Ommeren en Huisman op de voet. Het horizontale discours van ‘keukentafelgesprekken’ en ‘publiek-private samenwerking’ ten spijt verkeert de overheid in de unieke positie waarin zij de rechtsposities van burgers uiteindelijk toch op eenzijdige wijze kan vaststellen. In die zin zou de beslissing op aanvraag tot een ‘maatwerkvoorziening’ binnen het sociaal domein als de ‘kern’ van het bestuursrechtelijk handelen kunnen worden beschouwd. In de door de werkgroep voorziene regeling wordt het abstracte vernietigingsberoep tegen die ‘kern’ vervangen door een procedure die primair is toegesneden op de bestuursrechtelijke *betrekking* tussen de betrokken partijen, waartoe behalve die kern ook ‘omringende’ handelingen behoren. De ambities van de werkgroep reiken verder dan het sociaal domein alleen. Wanneer de nieuwe regeling goed bevalt, meent zij, ligt het voor de hand de verzoekschriftprocedure ook op andere juridische deelterreinen van toepassing te verklaren.<sup>185</sup>

### 13. CONCLUSIE

De keuze voor het besluitbegrip als rechtsingangscriterium en centraal object van het bestuursrechtelijke geding hangt rechtstreeks samen met de gemene rechtsleer, die in het bestuursrecht een kunstmatige uitzondering ziet ten opzichte van het privaatrecht als het organische ‘gemene recht’. Voor de commissie-De Monchy, die aan de wieg stond van het stelsel van algemene bestuursrechtspraak, markeert de publiekrechtelijke rechtshandeling de grens tussen het publiekrechtelijke ‘uitzonderingsgebied’, waarbinnen de staat almachtig is, en de ruimte van het natuurlijke privaatrecht waaraan in beginsel ook de staat is gebonden. Bestuurshandelingen ‘in typische zin’ zijn publiekrechtelijke rechtshandelingen die weliswaar aanknopen bij een concrete persoon of zaak, maar desalniettemin een verandering bewerkstelligen in de objectieve ‘wereld van het recht’ en in die zin *erga omnes* werken. Feitelijke handelingen dragen een meer intersubjectief

<sup>184</sup> Zie o.a. Marseille 2015a, p. 3; Marseille 2015b, p. 29.

<sup>185</sup> Scheltema 2015, p. 5-8; Roelfsema & De Graaf 2015, p. 302-305.

karakter en horen daarom in het abstracte bestuursrechtelijke ‘uitzonderingsgebied’ niet thuis. Binnen de logica van de gemene rechtsleer volgt daaruit dat zij onder de jurisdictie vallen van de gewone rechter, die in beginsel immers over een alomvattende rechtsmacht beschikt. Alleen binnen het bestuursrechtelijke uitzonderingsgebied is de overheid van die alomvattende rechtsmacht ontheven. Voor zover zij ‘typisch handelt’ is zij geen verantwoording schuldig aan de burgerlijke rechter, maar komt het eindoordeel toe aan het democratisch gelegitimeerde bestuur zelf. Daarom ontwierp de commissie-De Monchy met de Wet Bab een stelsel van algemene administratieve rechtspraak waarin de beschikking als rechtsingangscriterium het bestuursrechtelijke uitzonderingsgebied scherp begrenst. Die scherpe begrenzing was oorspronkelijk ingegeven door de wens het algemene uitgangspunt van rechtsonderworpenheid van het bestuur zo min mogelijk aan te tasten.

De ratio van de centrale positie van het besluit als rechtsingangscriterium is derhalve oorspronkelijk gelegen in een ‘autonoom’ en monistisch begrip van het bestuursrecht als kunstmatige uitzondering op een meer ‘relationeel’ privaatrecht waaraan ook de overheid is onderworpen voor zover zij er niet op grond van een voldoende specifieke wettelijke bepaling van is vrijgesteld. Met het uitblijven van de Wet Odol, waarmee de commissie-De Monchy de privaatrechtelijke rechtsbescherming tegen overheidshandelingen had willen versterken, raakte die ratio al meteen bij invoering van de Wet Bab volledig uit beeld. Met andere woorden: de keuze voor het besluit als bestuursrechtelijk rechtsingangscriterium berust op een grondslag die zich in de praktijk nooit heeft bewezen en die inmiddels niet voor niets volkomen in de vergetelheid is geraakt. Oorspronkelijk stond de strikte interpretatie van het beschikkingsbegrip in het teken van een formele legaliteits eis waarmee men de almacht van de Kroon nauw beoogde te begrenzen. In de praktijk kwam van die logica niets terecht en werd die strikte interpretatie door rechtzoekenden louter als belemmering ervaren. De Wet Bab bood een laagdrempelige, betrekkelijk eenvoudige en inquisitoir opgezette procedure, waarbij overheidshandelingen bovendien werden getoetst aan enkele in het civiele recht nog niet erkende behoorlijkeheidsbeginselen. Hoewel de Wet Bab formeel niet voorzag in een eindoordeel van een onafhankelijke rechter bleken vele rechtzoekenden de bestuursrechtelijke route te prefereren boven de civielrechtelijke. Onder die omstandigheden werd de restrictieve interpretatie van het beschikkingsbegrip door de Bab-rechter al snel als hoogst onbillijk ervaren.

Het is typerend voor het Nederlandse bestuursrecht dat het dysfunctioneren van de publiekrechtelijke rechtshandeling als centraal object van het bestuursrechtelijke geding tot op de dag van vandaag geen reden is geweest het stelsel op dit punt in fundamentele zin te herzien. De objectieve, sterk op een ‘autonome’ opvatting van het bestuursrecht geënte grondstructuur van het stelsel van bestuursrechtspraak werd in de Wet Arob onverkort gehandhaafd. Zelfs in de Awb, waaraan de wetgever een meer ‘relationeel’ begrip van het bestuursrecht ten grondslag legde, bleef de centrale positie van het besluit ongewijzigd. De ‘autonome’ opvatting van het bestuursrecht schrijft voor dat het bestuur zich niet primair oriënteert op specifieke omstandigheden en verhoudingen, maar juist op de samenhang in de verdeling van schaarse middelen en rechten in het algemeen. In die abstracte visie speelt de objectiverende functie van het besluit een belangrijke rol. Het besluit als centraal object van het geding dwingt de rechter immers in een enigszins afstandelijke positie



van waaruit hij primair een toetsende rol vervult. Met de idee van een ‘wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking’ als nieuw fundament van het bestuursrecht staat het klassieke besluitenprocesrecht op gespannen voet. Binnen dat model is immers sprake van een voorpositieve juridische betrokkenheid tussen overheid en burgers waarbinnen ruimte is voor onderlinge rechten en plichten die steeds afhangen van specifieke omstandigheden. Binnen dat model kan de bestuursrechter zich niet beperken tot retrospectieve controle op bestuurshandelingen die iets veranderen in de ‘wereld van het recht’, maar zal hij vooral ook moeten toezien op de wijze waarop de overheid haar bevoegdheden aanwendt en anderszins handelt jegens concrete burgers. Anders gezegd: bij de rechtsbetrekking als het nieuwe uitgangspunt van het algemene bestuursrecht past niet zozeer een rechter die de algemene rechtsorde beschermt tegen onrechtmatige besluiten *erga omnes*, maar veeleer een rechter die zich buigt over de vaststelling van de rechtsposities van bestuursorganen en concrete burgers *inter partes*. Desalniettemin bleef de spilpositie van het besluit ook in de Awb zo goed als onaangetast.

Bezien tegen die achtergrond is het niet vreemd dat de bestuursrechter er onder de Wet Arob en vooral ook onder de Awb toe neigde het besluitbegrip vooral als rechtsingangscriterium steeds ruimer te interpreteren. Met name in het oog springt hierbij de jurisprudentie inzake ‘zelfstandige besluiten’ en ‘publieke taken’ waarmee de bestuursrechter de formele aspecten van het besluitbegrip sterk relativeerde en steeds nauwer trachtte aan te sluiten bij materiële verhoudingen. Op die manier ontstond een ‘strategische omgang’ met het besluitbegrip waarmee de bestuursrechter zijn competentie verruimde tot concrete, in wezen door het bestuursrecht beheerste verhoudingen waarin hij bestuursrechtelijke rechtsbescherming aangewezen achtte. Van een rechterlijke ‘revolutie’, zoals bepleit door sommigen, was daarbij echter geen sprake; in plaats daarvan vond slechts een voorzichtige uitbreiding van rechtsmacht plaats die in feite nog steeds de ratio volgt van het besluit als de abstracte ‘kern’ van het bestuursrechtelijk handelen. Welbeschouwd kon de rechter ook niet anders; zolang de wetgever het besluitenprocesrecht in essentie intact laat, is de bestuursrechter immers gedwongen eventuele innovaties daarop toe te snijden. Maar juist in zijn streven een ‘juist midden’ te vinden tussen de ‘autonome’ idee van formele legaliteit enerzijds en ‘relationele’, primair op werkelijke sociale verhoudingen geënte beginselen anderzijds, creëerde hij een stelsel dat vaak moeilijk werkbaar is. Sommigen pleiten daarom voor rigoureuze stelselwijzigingen die het besluitbegrip als grondslag voor rechterlijke competentieverdeling geheel loslaten en in plaats daarvan uitgaan van een formeel *subjectum litis* (Kortmann, Schutgens) of juist een materieel *fundamentum petendi* (Schlössels, Backes).

De wetgever tendeert intussen tot een meer behoudende koers. Een voorbeeld daarvan is de Wns, die enerzijds duidelijk afstand neemt van het klassieke besluitenprocesrecht maar er anderzijds toch ook duidelijk bij aansluit. Dat komt met name scherp naar voren in het gedeelte over schadevergoeding wegens onrechtmatige overheidsdaad, die de burger niet alleen in bepaalde gevallen in staat stelt een verzoekschrift om schadevergoeding in te dienen wegens een onrechtmatig besluit, maar ook wegens een feitelijke handeling ter voorbereiding van een besluit. Het ‘hoofdgebouw’ van het besluitenprocesrecht wordt op die manier sinds kort geflankeerd door een verzoekschriftprocedure als ‘bijgebouw’ dat het materiële conflict niet langer vertaalt in een juridisch geschil over een abstract



besluit *erga omnes*, maar primair is toegesneden op de vaststelling van de rechtsposities van het bestuursorgaan en de rechtzoekende burger *inter partes*. Tegelijkertijd blijft het besluit gelden als de ‘kern’ van het bestuursrecht en wordt de competentie van de bestuursrechter slechts uitgebreid met ‘perifere’ feitelijke handelingen die met die kern rechtstreeks in verband staan. Voor zover de Wns überhaupt op een systematische visie op competentieverdeling berust, zoekt de nieuwe regeling op die manier aansluiting bij het voorzichtige ‘groeimodel’ dat in 2004 reeds is voorgesteld door de VAR-Commissie Rechtsbescherming en in 2013 verder is uitgewerkt door Van Ommeren en Huisman. De essentie van dit model houdt in dat de competentie van de bestuursrechter stapsgewijs zou moeten worden uitgebreid zodat zij uiteindelijk niet langer alleen besluiten als de ‘kern’ van het bestuursrecht omvat, maar zich mede uitstrekt tot feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen in de omringende ‘schil’ daarvan. Ook de plannen voor hervorming van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming binnen het sociaal domein lijken daarbij aan te sluiten.

Boven zowel het formele *subjectum litis* als het materiële *fundamentum petendi* als grondslag van competentieverdeling biedt het ‘groeimodel’ van Van Ommeren en Huisman veel voordelen. Het formele *subjectum litis* sluit slecht aan op de vervaging tussen het publieke en het private domein die voor de sociale werkelijkheid kenmerkend is en lijkt daarom tot mislukken gedoemd. Het materiële *fundamentum petendi* accommodeert die vervaging maar biedt geen duidelijk aanknopingspunt aan de hand waarvan kan worden bepaald waar de competentie van de bestuursrechter begint en waar deze ophoudt. Het groeimodel van Van Ommeren en Huisman heeft in dit opzicht betere papieren. Door vast te houden aan het besluitbegrip als de ‘kern’ van het bestuursrechtelijk handelen en de ‘bestuursrechtelijke rechtsbetrekking’ meer formeel te begrijpen dan de ‘wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking’ van Hirsch Ballin en Foqué, behoudt het een op zichzelf toch vrij eenvoudig te hanteren criterium aan de hand waarvan de competentie van de bestuursrechter kan worden afgebakend. Tegelijkertijd houdt het ‘groeimodel’ van Van Ommeren en Huisman een duidelijke ‘relationele’ wending van het bestuursrecht in waarbij het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming veel meer dan voorheen is toegesneden op materiële verhoudingen. Enerzijds sluit de idee van het besluit als de ‘kern’ van het bestuursrechtelijk handelen tot op zekere hoogte aan bij de ‘autonome’ benadering van Van der Pot, die van dergelijk handelen alleen spreekt wanneer het iets verandert in de ‘wereld van het recht’. Anderzijds houdt het ‘groeimodel’ ten opzichte van die gedachte toch ook een aanzienlijke verruiming in die veel beter aansluit bij het materiële conflict zoals dat de partijen in de ‘werkelijkheid’ van het bestuursrecht vaak verdeeld houdt.

Desalniettemin kan tegen het model van Van Ommeren en Huisman een principieel bezwaar worden ingebracht. Waarom zou een toegankelijk en in hoofdzaak inquisitoir opgezet stelsel van bestuursrechtspraak voor de burger alleen beschikbaar hoeven zijn ter bestrijding van besluiten en daarmee direct verband houdende handelingen, terwijl diezelfde burger ter bestrijding van andere handelingen waarmee de overheid hem op eenzijdige wijze haar wil oplegt is aangewezen op de burgerlijke rechter? Waarom zou een besluit behoren tot het ‘hart’ van het bestuursrecht en andere eenzijdig bezwarende handelingen niet? Het rechtsbetrekkingsmodel van Van Ommeren en Huisman blijft

## BESLUIT

de essentie van bestuursrechtelijk handelen zoeken in het rechtscheppende vermogen waarmee het bestuur het 'uitzonderingsdomein' van het publiekrecht van een nadere invulling voorziet; in die zin bouwt het in wezen nog steeds voort op de 'gemene rechtsleer' zoals die in het interbellum tot ontwikkeling kwam en door de commissie-De Monchy als uitgangspunt van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming werd verkozen. Maar berust het eigen karakter van bestuursrechtelijke verhoudingen niet veeleer op de inherente juridische ongelijkwaardigheid tussen overheid en burger die reeds met het bestaan van de staat als publieke dwanggemeenschap gegeven is? Dat lijkt een terechte vraag die tot nog toe in bestuursrechtelijke literatuur te weinig is uitgediept. In ieder geval lijken er goede argumenten te zijn bestuursrechtelijke rechtsbescherming ook open te stellen tegen overheidshandelingen die weliswaar niet direct in verband staan met een besluit, maar burgers even goed een last opleggen die zij niet of nauwelijks kunnen ontlopen. Een stelsel dat zich daarvan rekenschap geeft, zal uiteindelijk moeten leren leven met de gedachte dat de juridische verhouding tussen overheid en burger niet zozeer direct of indirect voortvloeit uit de wet, maar berust op publiekrechtelijke beginselen die aan het geschreven recht voorafgaan.

# VIII

## RELATIVITEIT\*

*Een tweede kwestie waarin de spanning tussen 'autonome' en 'relationele' rechtsopvattingen sterk naar voren komt betreft de recent in het bestuursrecht ingevoerde relativiteitseis. In het 'autonome', primair op de abstracte handhaving van objectieve normen en daarvan afgeleide rechten gerichte model van bestuursrechtspraak is voor die eis geen plaats. In een 'relationeel' model waarin die normen en rechten niet op zichzelf staan, maar steeds worden gezien in het licht van de concrete verhoudingen waarbinnen zij worden ingeroepen ligt dat anders. Voor een absoluut recht gevrijwaard te blijven van de gevolgen van onrechtmatige besluiten kan in een 'relationeel' stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming geen sprake zijn; in plaats daarvan geldt dat de onderlinge afweging van bij het geschil betrokken materiële belangen daartoe soms in de weg kan staan. De introductie van de bestuursrechtelijke relativiteitseis in het bestuursrecht markeert op die manier een belangrijk moment in de verschuiving van 'toepassings-' naar 'belangenjurisdictie' die voor de ontwikkeling van het huidige bestuursrecht kenmerkend is. Het privaatrecht maakte die 'relationele wending' al eerder door; de opkomst van de privaatrechtelijke relativiteitsleer in het interbellum hangt er direct mee samen. De ontwikkeling van de privaatrechtelijke leer laat zien dat toepassing van de relativiteitseis draait om een preciaire balans tussen 'autonome' en 'relationele' uitgangspunten die geen van beide veronachtzaamd dienen te worden. Voor het bestuursrecht geldt dat evenzeer als voor het privaatrecht. Desalniettemin is een bestuursrechtelijke relativiteitsleer nodig die zich niet zomaar spiegelt aan zijn privaatrechtelijke pendant, maar recht doet aan de eigen aard van bestuursrechtelijke verhoudingen.*

### 1. INLEIDING

In een recente zaak komt Praxis bij de bestuursrechter op tegen een door de Zwolse gemeenteraad vastgesteld bestemmingsplan dat de vestiging mogelijk maakt van een door Hornbach te exploiteren bouwmarkt. Als beroepsgrond brengt Praxis onder meer in dat het bestemmingsplan in strijd is met verschillende veiligheids- en milieuvoorschriften.

---

\* Zie Van den Berge 2012 voor eerder werk over bestuurs- en privaatrechtelijke relativiteit. Die publicatie bevat verschillende analyses die ik niet langer onderschrijf. Niettemin grijpt dit hoofdstuk er deels op terug.

Zo betoogt Praxis onder andere dat geen milieueffectrapportage heeft plaatsgevonden zoals vereist op grond van de Wet milieubeheer; bovendien zou het plan in strijd zijn met een algemene maatregel van bestuur die overheden verschillende verplichtingen oplegt ter waarborging van de ‘externe veiligheid’ van bedrijven en andere inrichtingen. De vestiging van Praxis ligt op een afstand van ongeveer vijf kilometer van het terrein waar Hornbachs nieuwe filiaal zal verrijzen; aldus valt de geplande nieuwe bouwmarkt binnen Praxis’ commerciële verzorgingsgebied en heeft zij er belang bij gevrijwaard te blijven van Hornbach als nieuwe concurrent. Voor een direct beroep op veiligheids- en milieuvoorschriften is de afstand tussen Praxis en het voor Hornbach bestemde terrein echter te gering. De door Praxis ingeroepen voorschriften strekken volgens de Afdeling tot de bescherming van het milieu en het woon- en leefklimaat van de omwonenden en niet tot bescherming van Praxis tegen vermogensschade als gevolg van oneerlijke concurrentie.<sup>1</sup> Aldus voldoet het beroep op de veiligheids- en milieueisen van Praxis niet aan het vereiste van relativiteit zoals dat in de lente van 2010 in een deel van het omgevingsrecht werd geïntroduceerd met de Crisis- en herstelwet (Chw) en sinds 1 januari 2013 op grond van artikel 8:69a Awb van kracht is in het algemene bestuursrecht. Dat vereiste houdt immers in dat de bestuursrechter een besluit niet vernietigt wegens strijdigheid met een geschreven of ongeschreven rechtsregel wanneer deze ‘kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept’.

In het privaatrecht werd het relativiteitsvereiste zo’n tachtig jaar eerder ingevoerd. De introductie ervan door de Hoge Raad in 1928 en de verdere ontwikkeling van de eis in enkele geruchtmakende arresten uit het interbellum leidde tot een fel debat dat pas enigszins tot bedaren kwam toen de Hoge Raad de relativiteitsleer in *Tandartsen* op voorspraak van procureur-generaal Langemeijer van zijn scherpste kanten onttdeed. In zijn conclusie betoogt Langemeijer dat ‘het gesteld zijn van een regel’ in het maatschappelijk leven een belangrijke coördinerende functie heeft. Wie beschikt over een ‘behoorlijk maatschappelijk gevoel’ zal zich volgens hem doorgaans geroepen voelen aan die regels te gehoorzamen, waarbij hij mag uitgaan van de gerechtvaardigde verwachting dat zijn medeburgers dat ook zullen doen.<sup>2</sup> Na een negatief uitgevallen relativiteitstoets verdwijnt de overschreden norm daarom niet geheel uit beeld; bij de beoordeling van de vraag of de laedens jegens de gelaedeerde een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden speelt de onwettigheid van zijn optreden wat Langemeijer betreft een zelfstandige rol. Hoort een dergelijke ‘correctie-Langemeijer’ niet juist ook in het bestuursrecht thuis? Naar sommigen betogen behoren gerechtvaardigde verwachtingen bij uitstek binnen publiekrechtelijke verhoudingen zwaar te wegen. Zou men niet juist van de overheid mogen verwachten dat zij rechtmatig handelt? Ook in de zaak van Praxis tegen de Zwolse gemeenteraad dringt die vraag zich op. Mocht Praxis er niet op vertrouwen dat de raad de wettelijke milieu- en veiligheidsvoorschriften in acht zou nemen? Houdt schending van die voorschriften niet in dat de raad onbehoorlijk jegens Praxis heeft gehandeld, zelfs wanneer aan het vereiste van relativiteit niet is voldaan?

1 ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, r.o. 9-13.

2 HR 17 januari 1958, NJ 1961/568 (*Tandartsen*), conclusie P-G Langemeijer.

Gekweld door die vraag verzocht de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak advocaat-generaal Widdershoven in de Praxiszaak om een conclusie. Naar Widdershoven meent is een ‘Langemeijerachtige correctie’ bij toepassing van de relativiteitseis in het bestuursrecht inderdaad geboden. Voor een ‘generieke rechtszekerheidscorrectie’, zoals door sommigen gewenst, ziet hij geen ruimte; een dergelijke correctie zou het vereiste van relativiteit immers goeddeels van zijn werking beroven. Op grond van het vertrouwensbeginsel zullen bestuursorganen gerechtvaardigde verwachtingen op grond waarvan een rechtssubject concrete handelingen heeft verricht in beginsel moeten honoreren; voor zover geschonden normen aan die verwachtingen ten grondslag liggen zou een correctie op de relativiteitseis daarom op haar plaats kunnen zijn. Iets soortgelijks geldt voor het gelijkheidsbeginsel. In principe dient een correctie van de relativiteitseis op grond van dat beginsel mogelijk te zijn. Daarbij moet dan wel sprake zijn van een concrete situatie waarin de een in vergelijkbare omstandigheden wordt benadeeld ten opzichte van een ander; de bewijslast en de adstructieplicht komen nadrukkelijk toe aan de benadeelde, waarbij de lat vrij hoog ligt.<sup>3</sup> De Afdeling neemt in haar uitspraak het advies van Widdershoven over en gaat *in casu* na of het beroep van Praxis althans indirect op grond van het vertrouwens- of het gelijkheidsbeginsel zou kunnen slagen. De conclusie luidt negatief. Volgens de Afdeling heeft Praxis niet aannemelijk gemaakt ‘dat bij haar concrete verwachtingen zijn gewekt dat zij zou worden beschermd door de normen waarop zij een beroep doet’. Bovendien heeft Praxis niet aannemelijk gemaakt dat zij aan normen moet voldoen waaraan haar concurrent in vergelijkbare gevallen niet hoeft te voldoen. Derhalve is haar beroep ongegrond en blijft het bestemmingsplan in stand.<sup>4</sup>

Zowel de ‘correctie-Langemeijer’ als de ‘correctie-Widdershoven’ is een mooi voorbeeld van de wijze waarop ‘autonome’ en ‘relationele’ uitgangspunten in het recht interacteren. Sinds de ‘relationele’ wending die zich voltrok met arresten als *Lindenbaum/Cohen* wordt in het privaatrecht aanzienlijk gewicht toegekend aan gerechtvaardigde verwachtingen binnen concrete verhoudingen. Dat wil echter geenszins zeggen dat abstracte rechtsregels naar de achtergrond zijn gedrongen. Integendeel; het abstracte recht speelt bij de stabilisering van die verwachtingen en de daarmee samenhangende onderlinge afstemming van gedragingen een cruciale rol.<sup>5</sup> In het steeds meer ‘relationele’ bestuursrecht is dat niet anders. Van oudsher geldt in het bestuursrecht het ‘autonome’ uitgangspunt van objectieve rechtshandhaving, dat voorschrijft dat besluiten waaraan een gebrek kleeft in beginsel dienen te worden vernietigd. Op die manier werd getracht de abstracte rechtsorde zo zuiver mogelijk te houden en elk afzonderlijk rechtssubject zo veel mogelijk te vrijwaren van de gevolgen van ‘onvolkomen’ overheidsbesluiten. Dat ‘autonome’, sterk van particuliere verhoudingen abstraherende uitgangspunt is stapsgewijs verruild voor een ‘relationeel’ stelsel dat niet primair is toegesneden op de objectieve rechtsorde, maar op de subjectieve rechtsaanspraken van concrete rechtzoekenden. In die ontwikkeling markeert de invoering van de bestuursrechtelijke relativiteitseis een belangrijk moment. Voortaan geldt dat een overheidsbesluit in beginsel onaangetast blijft

3 Conclusie A-G Widdershoven van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, punt 4.11 en 4.12.

4 ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, r.o. 18.

5 Vgl. o.a. Taekema 2014, p. 141.

wanneer het *in abstracto* onrechtmatig is, maar *jegens* de rechtzoekende niet binnen het beschermingsbereik van de overschreden norm valt. Zoals de Afdeling met de correctie-Widdershoven heeft aanvaard betekent dat ook in het bestuursrecht niet dat de geschonden regel zomaar buiten beeld verdwijnt; de overschrijding van die regel kan immers een zelfstandig argument opleveren om het nemen van zo'n besluit jegens de rechtzoekende onbehoorlijk te achten en op grond daarvan alsnog te vernietigen.

Voorafgaand aan de introductie van het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste woedde in rechtsgeleerde kringen een scherp debat over de wenselijkheid ervan. Hoewel de eis door sommigen al veel eerder werd bepleit lieten voorstanders van bestuursrechtelijke relativiteit zich kort na de millenniumwisseling steeds duidelijker horen, gevolgd door vaak felle reacties van tegenstanders ervan.<sup>6</sup> Een belangrijke impuls voor die discussie werd gegeven door de Commissie Evaluatie Awb II (de commissie-Boukema), die in 2001 de aanbeveling deed om onderzoek te doen naar de argumenten voor en tegen een bestuursrechtelijke relativiteitseis.<sup>7</sup> Uiteindelijk resulteerde dit in een onderzoek van een commissie onder leiding van B.W.N. de Waard, die in haar rapport (met als eerste auteur J.C.A. de Poorter) verschillende varianten uitwerkte waarin een bestuursrechtelijke relativiteitseis gestalte zou kunnen krijgen.<sup>8</sup> Gevraagd om nader advies bleek de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht onder leiding van M. Scheltema onderling te verdeeld om over de wenselijkheid van een bestuursrechtelijke relativiteitseis een eenduidig standpunt in te nemen.<sup>9</sup> Uiteindelijk liet de wetgever zich door de verdeeldheid onder bestuursrechtjuristen niet weerhouden. De gedachte dat de relativiteitseis het bestuursrecht efficiënter zou kunnen maken en de overheid in staat zou stellen slagvaardiger te opereren stond daarbij voorop. De invoering ervan met de Chw berustte vooral op de veronderstelling dat de relativiteitseis zou kunnen bijdragen aan de voortgang van grote infrastructurele projecten en daarmee aan de algemene welvaart.<sup>10</sup> De memorie van toelichting bij de Wet aanpassing bestuursprocesrecht (Wab), op grond waarvan de relativiteitseis inmiddels in het gehele algemene bestuursrecht van kracht is, onderschrijft dat standpunt en stelt onder meer dat bestuursrechtelijke relativiteit 'past in het streven naar een slagvaardiger bestuursprocesrecht'.<sup>11</sup>

Tegenstanders van bestuursrechtelijke relativiteit als Jurgens overwegen in dit verband dat de eis aanzienlijke maatschappelijke kosten zou veroorzaken die door de wetgever onvoldoende worden verdisconteerd. Met name ziet Jurgens nadelige consequenties in de rechtsonzekerheid en de ondergraving van het vertrouwen van burgers in het bestuur waarin

6 Zie o.a. Wiggers-Rust 2011, p. 164-174 voor een uitgebreid overzicht.

7 Commissie Evaluatie Awb II 2002, p. 22.

8 De Poorter e.a. 2004, p. 109.

9 De commissie volstond daarom met het geven van een overzicht van de verschillende in het onderzoek van De Waard e.a. uitgewerkte varianten; daarnaast vatte de commissie de verschillende argumenten samen die meer in het algemeen voor en tegen bestuursrechtelijke relativiteit worden ingebracht. Zie de brief van Scheltema aan de Ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 20 februari 2007, beschikbaar via [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl) (19 april 2016). Vgl. ook Nijmeijer e.a. 2015, p. 12.

10 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2008/09, 31721, 24, p. 39.

11 *Kamerstukken II* 2009/10, 3 450, 3, p. 20. Desalniettemin speelden bij de totstandkoming van artikel 8:69a Awb ook meer principiële en rechtssystematische motieven een voorname rol. Zie verder o.a. Nijmeijer e.a. 2015, p. 11-19.

een bestuursrechtelijke relativiteitseis zou resulteren.<sup>12</sup> Burgers moeten volgens haar hun gedrag kunnen afstemmen op de gerechtvaardigde verwachting dat de overheid rechtmatig handelt. Behalve door de correctie-Langemeijer laat zij zich daarbij onder meer inspireren door een argument van Dorhout, die zich principieel verzet tegen bestuursrechtelijke relativiteit en daarbij stelt dat ‘in een rechtsstaat het bestuur gebonden is aan de wet en daaraan gehouden moet kunnen worden’.<sup>13</sup> Door voorstanders van bestuursrechtelijke relativiteit als Schueler worden dergelijke argumenten sterk gerelativeerd. Burgers vragen volgens hem niet altijd in de eerste plaats om rechtsbescherming, maar soms ook om doelmatig en krachtadig bestuur, waarbij allerlei procedures niet tot onnodige vertraging en voor de burger onbegrijpelijke resultaten kunnen leiden.<sup>14</sup> De invoering van een relativiteitseis draagt in zijn ogen bij aan een nieuw evenwicht waarin maatschappelijk draagvlak blijft bestaan voor rechtsbescherming die ‘werkelijk nodig en zinvol’ is en de uitwassen van een al te principieel en categorisch gehanteerd stelsel worden bestreden.<sup>15</sup> De gedachte dat juridische fouten van bestuursorganen zo veel mogelijk moeten worden hersteld, zelfs wanneer dat in het licht van betrokken belangen en werkelijk bestaande sociale verhoudingen nauwelijks uit te leggen zou zijn, behelst volgens hem een ‘overschatting van rechtsnormen’.<sup>16</sup> Al met al verwacht hij dat het vertrouwen van burgers in de overheid als gevolg van een bestuursrechtelijke relativiteitseis eerder zal toe- dan afnemen. Ook in de door Jurgens zo gevreesde rechtsonzekerheid ziet hij nauwelijks een gevaar. Relativering van rechtsnormen maakt het bestuursprocesrecht volgens hem efficiënter, zodat de burger eerder weet wat zijn definitieve rechtspositie is en waarop hij diens gevolge mag rekenen. Daarnaast verwacht Schueler dat de relativiteitseis door de bestuursrechter op min of meer voorzienbare wijze zal kunnen worden gehanteerd.<sup>17</sup>

Inmiddels maakt de relativiteitseis enkele jaren deel uit van het Nederlandse bestuursrecht en lijkt de belangstelling ervoor in de literatuur enigszins weg te ebben. Inmiddels is gebleken dat de versnelling van de besluitvorming en de winst aan slagvaardigheid die de wetgever aanvankelijk beoogde niet of nauwelijks zijn uitgekomen.<sup>18</sup> Anderzijds lijken ook de door sommigen hevig gevreesde negatieve gevolgen van de bestuursrechtelijke relativiteitseis erg mee te vallen. Zo lijkt zich in de jurisprudentie inmiddels een ‘bestuursrechtelijke relativiteitsleer’ te hebben gevormd die zich met een zekere mate van evidentie laat toepassen en in ieder geval nog niet tot massaal gebroken vertrouwen of grootschalige rechtsonzekerheid heeft geleid.<sup>19</sup> ‘Noch de hoop, noch de vrees’ die de introductie van de eis begeleidde lijkt derhalve bewaarheid.<sup>20</sup> Dat betekent echter niet dat we de discussie over bestuursrechtelijke relativiteit nu achter ons kunnen laten. Sterk onderbelicht is tot nog toe dat de invoering van de relativiteitseis een nogal

12 Jurgens 2010, p. 88; zie meer in het bijzonder ook Jurgens 2006, p. 85-86.

13 Dorhout 1985, p. 33.

14 Schueler 2003, p. 25.

15 Schueler 2003, p. 36.

16 Schueler 2003, p. 9.

17 Schueler 2003, p. 30.

18 Marseille e.a. 2012, p. 589; Marseille e.a. 2012, p. 589; Marseille e.a. 2015a, p. 11-13; Nijmeijer e.a. 2015, p. 70.

19 Vgl. o.a. reeds Schueler 2011a en 2011b; zie ook Nijmeijer e.a. 2015, p. 71-72.

20 Marseille e.a. 2015a, p. 6.



fundamentele ‘relationele’ wending behelst die vooral ook allerlei theoretische vragen oproept.<sup>21</sup> Zoals de recente zoektocht naar een mogelijke ‘correctie’ op de relativiteitseis laat zien levert de relativiteitsleer nog tal van fundamentele dilemma’s op die dringend verdere uitdieping vergen. Kan wat *onrechtmatig* is jegens de een ooit met recht voor *rechtmatig* worden gehouden jegens een ander? En, zo ja: dient in dit verband onderscheid te worden gemaakt tussen *privaatrechtelijke* verhoudingen enerzijds en *publiekrechtelijke* anderzijds? Dient het bestuursrecht ten opzichte van het privaatrecht een ‘eigen’ relativiteitsleer te ontwikkelen, of juist niet? En, zo ja: hoe zou die leer er dan uit moeten zien? Ter beantwoording van die vragen is het uiterst zinvol eerst een blik te werpen op de historische ontwikkeling van de relativiteitsleer in het privaatrecht, waarbij de discussie over die leer niet zelden langs uiterst principiële lijnen werd gevoerd. Vervolgens ga ik in op de privaatrechtelijke relativiteitsleer ‘nieuwe stijl’, die volgens velen meer pragmatisch van aard is en door de Hoge Raad schijnbaar vooral wordt ingezet ter indamming van (overheids)aansprakelijkheid. Tot slot komt de ontwikkeling van de bestuursrechtelijke relativiteitseis aan de orde.

## 2. VAN BEGRIFFS- VIA INTERESSEN- NAAR WERTUNGSJURISPRUDENZ

In een kritische annotatie bij een relativiteitsarrest uit 1930 schrijft Meijers dat de relativisering van rechtsnormen betrekking heeft op een van de kernproblemen van de rechtsfilosofie. Van relativisering van rechtsregels op grond van op de maatschappij betrokken *bedoelingen*, zo legt hij uit, kan volgens de klassieke, sterk op filosofen als Kant geënte traditie van deductieve rechtsvinding helemaal geen sprake zijn. Slechts wie stelt dat het recht zich niet in de eerste plaats op abstracte normen, maar op maatschappelijke doelen en concrete verhoudingen dient te richten, kan volgens hem accepteren dat rechtsgeboden geen ‘absolute regels’ zijn, maar slechts ‘voorschriften tot bescherming van bepaalde personen’.<sup>22</sup> Aldus plaatst Meijers de discussie over relativiteit nadrukkelijk in het spanningsveld tussen ‘Begriffsjurisprudenz’ enerzijds en ‘Interessenjurisprudenz’ anderzijds. De idee van juridische relativiteit berust op een teleologische interpretatie van rechtsregels waarbij niet de regel op zichzelf, maar het doel ervan centraal staat. De introductie van de privaatrechtelijke relativiteitseis in het interbellum hangt met de verschuiving van een ‘autonoom’, primair op abstracte toepassing van rechtsregels gericht privaatrecht naar een meer ‘relationeel’ model dat zich veeleer oriënteert op concrete verhoudingen en de onderlinge afweging van betrokken belangen direct samen. In de late negentiende en de vroege twintigste eeuw heerste het beeld van rechtspraak als een logisch-deductieve activiteit, waarbij de subsumptie van een bepaald geval onder een abstracte norm vanzelfsprekend tot een bepaalde uitkomst leidt. Critici spraken in dat verband wel van ‘Begriffsjurisprudenz’ en stelden er ‘Interessenjurisprudenz’ als een op onderlinge belangenafweging geënt model tegenover.<sup>23</sup>

21 Vgl. o.a. De Poorter & De Graaf 2011, p. 257.

22 E.M. Meijers, noot bij HR 24 januari 1930, *NJ* 1930, p. 299 (*Brandstichting*).

23 Larenz 1983, p. 48-49.

In zijn vroege werk wijst Savigny elke interpretatie op basis van het *doel* (*Zweck*) van een wettelijke regel krachtig van de hand. Teleologische interpretatie acht hij ‘lächerlich’; in plaats daarvan pleit hij voor een ‘rein formelle Erklärung’ van wetgeving waarbij de rechter niet speculeert over de bedoeling van een wet, maar zijn oordeel slechts baseert op de voor elk rechtssubject kenbare verwoording ervan. Teleologische interpretatie leidt volgens Savigny slechts tot willekeur. Beter is een methode waarbij de rechter louter ‘von den Worten, vom Ausspruch des Gesetzes [...] aufsteigt’. Over achterliggende bedoelingen is in wetten in de regel niets te vinden; hooguit worden zij door het interpreterende subject ‘auf eine künstliche Art gefunden und hinzugetan’. Deze werkwijze is volgens hem ‘schon so willkürlich’ dat van een ‘wahre’ en ‘objektive’ wetsuitleg geen sprake meer kan zijn.<sup>24</sup> Savigny’s pleidooi voor grammaticale wetsuitleg werd onder andere verder uitgewerkt door Puchta, die het recht als geen ander zag als een systeem waarvan de betekenis en samenhang op logische wijze zou zijn te achterhalen. De ‘Aufgabe der Rechtswissenschaft’ bestaat er volgens hem slechts uit ‘die Rechtssätze in ihrem systematischen Zusammenhang’ te beschrijven.<sup>25</sup> Anders dan Savigny zelf, die het recht nadrukkelijk bezag in zijn culturele en historische verankering, had Puchta daarbij voor het recht als maatschappelijk verschijnsel nauwelijks oog. Van op de samenleving betrokken ‘doelen’ van rechtsregels wilde Puchta in zijn logisch-rationele benadering niets weten. Liever vertrouwde hij op wetsinterpretatie als het ‘Produkt einer wissenschaftlichen Deduktion’, waarbij van de sociale realiteit waaruit het recht voortkomt juist zo veel mogelijk wordt geabstraheerd.<sup>26</sup>

Afgewend van de sociaal-maatschappelijke en politieke werkelijkheid van het recht legde Puchta zo de basis voor de formalistische rechtswetenschap, die al snel stevig wortel schoot en in de tweede helft van de negentiende eeuw toonaangevend was. In dogmatisch opzicht boekte de sterk op systematisering gerichte rechtswetenschap van Puchta en zijn navolgers onmiskenbaar enorme vooruitgang; anderzijds maakte zij de weg vrij voor critici als Rudolf von Jhering, die in zijn latere werk een maatschappelijker en meer op empirie gericht rechtsdenken bepleitte. Daarbij karakteriseerde hij de positivistische rechtswetenschap als een transcendente ‘Begriffsjurisprudenz’ waarvan de beoefenaren zich van het werkelijke leven geheel hebben afgekeerd. In hun ‘Vernachlässigung der Interessen des praktischen Lebens’ zouden zij verkeren in een ‘Begriffshimmel’ die elk contact met de realiteit voorgoed heeft verloren.<sup>27</sup> De *Begriffsjurisprudenz* is weliswaar ‘eine Arena für logische Evolutionen, für die Gymnastik des Geistes’, maar heeft voor de praktijk van het recht weinig waarde.<sup>28</sup> Het werkelijke rechtsleven draait in Jherings ogen niet in de eerste plaats om toepassing van abstracte regels, maar om de onderlinge afweging van reële belangen (*Interessen*); door zijn navolgers wordt Jherings methode daarom wel aangeduid als *Interessenjurisprudenz*. Teleologische interpretatie speelt daarbij een cruciale rol; de in een concreet geval aan rechtsnormen te verbinden waarde

24 Savigny 1951 [1803], p. 40-41. Zelfs wanneer de wetgever *wel* iets heeft prijsgegeven over zijn achterliggende bedoelingen mag daaraan niet te veel waarde worden gehecht; voor gewone rechtssubjecten zijn deze immers nauwelijks te achterhalen.

25 Puchta 1845, p. 36.

26 Larenz 1983, p. 24.

27 Jhering 1884, p. 354.

28 Jhering 1884, p. 347.

hangt in zijn ogen sterk af van de belangen die zij beogen te beschermen. Niet voor niets draagt Jherings onvoltooid gebleven hoofdwerk de titel *Der Zweck im Recht*. '[D]er Zweck', zo schrijft hij, is niets minder dan 'der Schöpfer des gesamten Rechts'.<sup>29</sup>

In de loop van de twintigste eeuw groeide het inzicht dat Jherings radicale *Interessenjurisprudenz* voor de positivistische *Begriffsjurisprudenz* geen zaligmakend alternatief is. De pragmatische en sociologische wending die de *Interessenjurisprudenz* teweegbracht heeft de blik van de rechtswetenschapper aanzienlijk verruimd. Naar Larenz betoogt is het ontegenzeglijk een verdienste van de *Interessenjurisprudenz* dat men zich niet langer blind staart op de formele gedaante van wettelijke regels, maar deze voortaan mede teleologisch uitlegt en betreft op maatschappelijke doelen en materiële belangen. In haar radicale vorm ontbeert het de *Interessenjurisprudenz* evenwel aan objectieve en voor eenieder kenbare maatstaven aan de hand waarvan belangenafweging plaats kan vinden. Vanuit de *Interessenjurisprudenz* ontwikkelde zich daarom de *Wertungsjurisprudenz*. Evenals de *Interessenjurisprudenz* keert de *Wertungsjurisprudenz* zich af tegen de wereldvreemde *Begriffsjurisprudenz* van formalistische rechtswetenschappers als Puchta; daarbij erkent zij dat achter het formele recht steeds een materiële belangenstrijd schuil gaat waarvoor het recht de ogen niet zou moeten sluiten. Maar anders dan de radicale *Interessenjurisprudenz* benadrukt de *Wertungsjurisprudenz* dat het recht nooit geheel tot die materiële belangenstrijd kan worden gereduceerd. Daarbij gaat zij ervan uit dat het recht behalve door belangen ook bepaald wordt door objectieve normen die ten opzichte van belangen een zelfstandige waarde vertegenwoordigen. Deels zijn die normen terug te vinden in de wet, die derhalve een objectief formeel kader biedt dat nooit geheel door onderlinge en bredere maatschappelijke belangenafweging dient te worden gerelativeerd.<sup>30</sup>

### 3. VAN RAALTER WEG VIA DE MARCHANT ET D'ANSEMBOURG...

Van relativering van rechtsnormen op grond van aan die normen ten grondslag liggende maatschappelijke doelen wilde de Hoge Raad in de vroege twintigste eeuw nog weinig weten. Dat blijkt onder andere uit het arrest *Raalte weg* uit 1917, dat in dit verband de nodige stof deed opwaaien. Deze zaak betrof een geschil tussen H.I. Slegten, koperslager te Raalte en H. Westenek, landbouwer, eveneens uit Raalte. Ter plaatse van zijn koperslagerij had Slegten de openbare weg afgesloten. Voor de rechtbank en het hof kwam Westenek op voor vergoeding van de schade die hij beweerde te hebben geleden; de afsluiting maakte het Westenek namelijk onmogelijk langs de kortste weg een bepaalde losplaats te bereiken, zodat hij bij zijn werkzaamheden steeds moest omrijden. De rechtbank en het hof wezen de eis van Westenek grotendeels toe. Door Slegten werd dat oordeel fel bestreden. In cassatie betoogde zijn raadsman dat een louter abstracte, niet op de werkelijkheid betrokken wetsuitleg tot 'onaannemelijke resultaten' kan leiden. Ter zake stond vast dat de versperring een overtreding inhield van artikel 427 lid 6 van het Wetboek van Strafrecht, dat verbiedt zonder toestemming van het bevoegd gezag een openbare weg

29 Jhering 1923 [1877], p. viii: 'Der Grundgedanke des gegenwärtigen Werkes besteht darin, dass der Zweck der Schöpfer des gesamten Rechts ist, dass es keinen Rechtssatz gibt, der nicht einem Zweck, das ist einem praktischen Motiv, seinen Ursprung verdankt.'

30 Larenz 1983, p. 119 e.v.

te versperren. Dat de afsluiting van de weg door Slegten op zichzelf als onrechtmatig gold, was daarmee onomstreden. Maar diende de versperring ook te leiden tot een plicht tot schadevergoeding *jegens Westenenk*? Slegten's raadsman redeneerde van niet. Een juiste toepassing van het onrechtmatigedaadsrecht bracht volgens hem met zich mee 'een recht op schadevergoeding alléén toe te kennen aan den benadeelde tegen wien op eenigerlei wijze de onrechtmatige daad was verricht'.<sup>31</sup>

Met zijn verweer sloot de raadsman nadrukkelijk aan bij §823 lid 2 van het Duitse BGB, dat een schadevergoedingsplicht reserveert voor degene die 'gegen ein den Schutz eines anderen bezweckenden Gesetz verstösst'. Het relativiteitsverweer van Slegten werd door de Hoge Raad ten principale verworpen. Daartoe overwoog de Raad onder andere dat 'de onrechtmatige daad, waaruit de aansprakelijkheid ontstaat' in beginsel 'niet als tegen een bepaald persoon gericht kan worden beschouwd'. Op die manier bekrachtigde de Raad in *Raalter weg* de leer van de 'absolute onrechtmatigheid', die van de verhouding tussen de geschonden norm en het geschade belang juist nadrukkelijk wenste te abstraheren. De *strekking* van een norm deed daarbij niet ter zake; zolang er sprake was van een causaal verband, stond het aan een bepaalde rechtsregel ten grondslag liggende doel aansprakelijkheid niet in de weg. Dit kwam ook tot uitdrukking in het oude BW, waarin 'elke onrechtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht' in beginsel leidt tot een schadevergoedingsplicht; van onrechtmatigheid 'jegens een ander', zoals in het nieuwe BW, wordt daarbij niet gerept. In het onrechtmatigedaadsrecht, zo merkt W. Thorbecke in zijn dissertatie uit 1867 in dit verband op, staat men in voor het eigen handelen 'ter wille van hare gevolgen, en wel van alle hare gevolgen'. Het aan de Franse Code civil ontleende artikel 1401 van het oude burgerlijk wetboek<sup>32</sup> is met dit uitgangspunt geheel in overeenstemming; het stelt de laedens immers niet slechts aansprakelijk voor 'eenige bepaalde gevolgen van de onrechtmatige daad', maar verplicht hem ertoe 'alle nadeel door eene daad veroorzaakt weg te nemen'.<sup>33</sup>

Op dat Franse uitgangspunt uit J. van Geleijn Vitringa, aanvankelijk rechter te Den Haag, felle kritiek. In een artikel uit 1919, dat tot de 'klassieken van het Nederlandse privaatrecht' wordt gerekend,<sup>34</sup> zet hij uiteen waarom de leer van de absolute onrechtmatigheid wat hem betreft onhoudbaar is. De schending van *objectief recht*, zo stelt Van Geleijn Vitringa, houdt niet vanzelfsprekend ook een inbreuk op andermans *subjectief recht* in. Op zichzelf acht Van Geleijn Vitringa vergoeding door Slegten van Westenenk's schade niet onbillijk. Wel verzet Van Geleijn Vitringa zich tegen de wijze waarop Slegten's plicht tot schadevergoeding door de Hoge Raad wordt geconstrueerd. Op grond van artikel 427 lid 6 WvS is het onmiskenbaar onrechtmatig de openbare weg te versperren zonder toestemming van het bevoegd gezag. Wie zonder verlof van de overheid een versperring opwerpt en daarvoor een goede reden heeft (zoals, bijvoorbeeld, onderhoud of verbetering van het wegdek), overtreedt weliswaar een rechtsnorm, maar

31 HR 30 maart 1917, *NJ* 1917, p. 502 (*Raalter weg*).

32 Vgl. art. 1382 Cc: 'Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.'

33 W. Thorbecke, *Iets over de verbindtenis tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Leiden: Van Doesburgh 1867, p. 33-34, geciteerd via Lankhorst 1992, p. 14.

34 Van Maanen 1999, p. 43 e.v.

handelt daarmee in de visie van Van Geleijn Vitringa nog niet per definitie onrechtmatig ten opzichte van andere weggebruikers. Onrechtmatigheid jegens anderen volgt volgens hem namelijk niet direct uit de schending van een wettelijke norm *in abstracto*, maar zou los daarvan moeten worden geconstrueerd op grond van de zorgvuldigheid waaraan rechtssubjecten onderling zijn gebonden in het maatschappelijk verkeer. Zoals bekend werd een dergelijke intersubjectieve norm in de vroege twintigste eeuw evenwel nog niet erkend; een doorbraak volgde immers pas in 1919, toen de Hoge Raad met *Lindenbaum/Cohen* in de zorgvuldigheidsnorm een grondslag voor onrechtmatigheid vond.<sup>35</sup> Ten tijde van *Raalter weg* was de Raad echter nog niet zo ver; over de zorgvuldigheid van Slegtens gedrag *jegens Westenenk* wordt in *Raalter weg* daarom met geen woord gerept. ‘Een vordering tot schadevergoeding op zoodanig verwijt gegrond’, verzucht Van Geleijn Vitringa met spijt, ‘past alleen in een ruimer opvatting ten aanzien van art. 1401 BW dan de rechtspraak van de Hoge Raad huldigt.’<sup>36</sup>

In de literatuur wordt de privaatrechtelijke relativiteitseis vaak beschouwd als een noodzakelijk ‘tegenwicht’ tegen de zorgvuldigheidsnorm van *Lindenbaum/Cohen*. Van Maanen, bijvoorbeeld, ziet in het relativiteitsvereiste een onontkoombare ‘konsekwentie van het stelsel van 1919’.<sup>37</sup> Met de verruiming van aansprakelijkheid die de zorgvuldigheidsnorm met zich bracht zou een relativiteitseis nodig zijn om deze verruiming controleerbaar te houden.<sup>38</sup> Een zorgvuldige analyse van de relevante jurisprudentie leert evenwel dat die voorstelling van zaken onjuist is. Van een wens tot indamming van aansprakelijkheid is in Van Geleijn Vitringa’s artikel over *Raalter weg* uit 1919 niets te bekennen; in plaats daarvan richtte zijn kritiek zich slechts tot de vóór *Lindenbaum/Cohen* nog geldende leer van de absolute onrechtmatigheid waarop Slegtens aansprakelijkheid jegens Westenenk werd gevestigd. Na de toetreding van Van Geleijn Vitringa tot de Hoge Raad in 1923 wees de Hoge Raad met *De Marchant et d’Ansembourg* uit 1928 zijn eerste relativiteitsarrest; Van Geleijn Vitringa wordt alom als de geestelijk vader ervan beschouwd.<sup>39</sup> Analyse van dat arrest leert opnieuw dat de relativiteitsleer zoals voorzien door Van Geleijn Vitringa met indamming van aansprakelijkheid op zichzelf niets te maken heeft. In plaats daarvan kan *De Marchant et d’Ansembourg* beter worden begrepen als een principiële keuze voor de idee van onrechtmatigheid als een intersubjectief, onlosmakelijk aan concrete *verhoudingen* verbonden begrip dat voorgoed in de plaats komt van de absolute idee van onrechtmatigheid.<sup>40</sup> In die zin is de relativiteitseis geen *correctie* op *Lindenbaum/Cohen*, maar ligt zij juist in het verlengde ervan. In *Lindenbaum/Cohen* spreekt de Hoge Raad

35 HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161 (*Lindenbaum/Cohen*).

36 Van Geleijn Vitringa 1919, p. 37.

37 Van Maanen 1986, p. 198.

38 Zie o.a. Van Maanen 2014, p. 158-159; Lankhorst 1992, p. 20-21.

39 Zie o.a. E.M. Meijers, noot bij HR 24 januari 1930, *NJ* 1930, p. 299 (*Brandstichting*), waarin Meijers stelt ‘dat aan het betoog van den tegenwoordigen raadsheer in den Hoogen Raad de omslag in de rechtspraak moet toegeschreven worden’. Recent archiefonderzoek van Van Maanen maakt zeer aannemelijk dat die veronderstelling juist is; de tekst van *De Marchant et d’Ansembourg* is althans in zijn geheel getypt op Van Geleijn Vitringa’s persoonlijke schrijfmachine. Zie Van Maanen 2014, p. 155-156 voor verdere uitleg en een zelfgemaakte foto die het definitieve bewijs zou leveren.

40 Vgl. Den Hollander 2016, p. 71-77; Verheij 2014, p. 96 e.v.

immers over zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt; dat wil zeggen: niet over betamelijkheid in het luchtledige, maar ‘jegens eens anders persoon of goed’.<sup>41</sup>

Aanleiding voor de principiële keuze voor de relativiteitseis was het voornemen van de staat zich enkele percelen van de landgoederen van graaf De Marchant d’Ansembourg in Zuid-Limburg toe te eigenen ter facilitering van de mijnbouw. Uiteindelijk gingen de plannen grotendeels niet door, maar als gevolg van de aangekondigde uitbreiding en onteigening daalden de betreffende percelen fors in waarde. Deze schade trachtte de graaf op de staat te verhalen door zich te beroepen op een jegens hem begane onrechtmatige overheidsdaad. Als belangrijkste grond voor onrechtmatigheid voerde De Marchant d’Ansembourg daarbij schending aan van (het in juli 2005 vervallen) artikel 12 van de Onteigeningswet, dat terinzagelegging van een onteigeningsbesluit vereiste. In eerste aanleg werd hij in het gelijk gesteld, maar door het hof werd zijn eis afgewezen. Daartoe zette het hof een ingewikkelde redenering uiteen waarin het een causaal verband eist tussen het onrechtmatige element van de gedraging en de veroorzaakte schade. In de ogen van het hof was de schade *in casu* dezelfde geweest als de staat wél tot terinzagelegging zou zijn overgegaan; aansprakelijkheid voor de waardedaling van de landgoederen van de graaf werd door het hof daarom afgewezen. In cassatie werd deze redenering onderschreven door advocaat-generaal Besier. ‘In het onderhavige geval’, zo redeneerde hij, ‘ontbrak [...] het voor de toepassing van art. 1401 BW noodzakelijk verband’ tussen de onrechtmatigheid van het onteigeningsbesluit en de ontstane schade, die ‘evengoed [zou] zijn ingetreden, indien dit besluit niet op een onvoldoenden grondslag had berust, doch de neerlegging der plannen behoorlijk had plaats gehad.’<sup>42</sup> Deze redenering, waarbij aansprakelijkheid in een dergelijk geval niet wordt ingeperkt vanwege een relativiteitsgebrek, maar op grond van de afwezigheid van een afdoende causaal verband, wordt in de literatuur (naar de auteur van de hier geciteerde passage en enkele geschriften van de Franse jurist René Demogue) wel aangeduid als de *leer-Demogue-Besier*.<sup>43</sup>

Tegen de causaliteitsleer van Demogue en Besier kunnen allerlei dogmatische bezwaren worden ingebracht. Hartkamp en Sieburgh, bijvoorbeeld, betogen op zichzelf terecht dat de hypothetische afsplitsing van het onrechtmatige element van een anderszins als rechtmatig te beschouwen gedraging nogal gekunsteld aandoet.<sup>44</sup> Feit is evenwel dat in het Franse recht op grond van een dergelijke causaliteitsredenering al sinds jaar en dag resultaten worden geboekt die met de Duits-Nederlandse relativiteitsleer alleszins vergelijkbaar zijn.<sup>45</sup> Een rechtspolitieke keuze voor indamming van aansprakelijkheid kan bij de acceptatie van de relativiteitsgedachte dus nooit van doorslaggevende betekenis zijn geweest. Aannemelijker is dat de Hoge Raad met *De Marchant et d’Ansembourg* de fundamentele betrekkelijkheid van rechtsnormen erkent; in die zin kan het arrest worden geduid als een belangrijke moment in de verschuiving van *Begriffsjurisprudentz* in de richting van *Interessenjurisprudentz* die voor het Nederlandse privaatrecht in het interbellum kenmerkend is. In zijn dissertatie uit 1949 wordt het dogmatische belang van

41 HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161 (*Lindenbaum/Cohen*).

42 HR 25 mei 1928, *NJ* 1928, p. 1688 (*Marchant et d’Ansembourg*), conclusie A-G Besier.

43 Zie verder o.a. Den Hollander 2016, p. 34 met verdere verwijzingen.

44 Asser-Hartkamp & Sieburgh 2015, nr. 143.

45 Zie o.a. Den Hollander 2011, p. 236 e.v.



*De Marchant et d'Ansembourg* door R.J. Polak op waarde geschat. De relativiteitsleer is volgens hem niets minder dan 'de kern van de gehele onrechtmatigedaadsleer, en theoretisch belangrijker dan de vernieuwing uit 1919, omdat zij in haar consequenties deze laatste in wezen in zich sluit'.<sup>46</sup> Dat de Hoge Raad een recht op schadevergoeding aan de graaf ontzegde op grond van een *relativiteits*- en niet een *causaliteits*gebrek lijkt allesbehalve toevallig. In zijn arrest koos de Raad ervoor de redenering van advocaat-generaal Besier met kracht te verwerpen. In plaats daarvan omschreef hij de op grond van de Onteigeningswet voorgeschreven terinzagelegging slechts als een waarborg 'waarmede de wet de uitoefening van het recht tot onteigenen heeft omkleed, teneinde den eigenaar te beschermen tegen ongerechtvaardigde ontzetting uit zijn eigendom'; het betreffende artikel zou er echter niet toe strekken 'den eigenaar te beschermen tegen nadeelen, die mochten voortvloeien uit de aanwijzing van zijn goed ter onteigening'.<sup>47</sup> Met andere woorden: de door de overheid geschonden norm strekt tot bescherming tegen onrechtmatige onteigening en niet tot bescherming van de zuivere vermogensschade zoals de graaf die heeft geleden.

#### 4. ...EN VIA DE KRITIEK VAN MEIJERS, SCHOLTEN EN SMITS...

De introductie van de privaatrechtelijke relativiteitsgedachte in het arrest *De Marchant et d'Ansembourg* leidde tot een storm van kritiek. De meest prominente tegenstanders van de nieuwe leer waren Meijers en Scholten, die beide geen ruimte zagen voor 'onrecht tegen den een, wat geen onrecht is tegenover den ander'.<sup>48</sup> Meijers uitte zijn bezwaren onder andere in een noot bij het Brandstichtingsarrest, dat in de literatuur naar de plaats van onheil ook vaak wordt aangeduid als *Oude Vonk*.<sup>49</sup> In hoofdzaak brengt Meijers twee bezwaren tegen de relativiteitsleer in stelling. Het eerste is het meest essentieel. Volgens Meijers bevatten rechtsregels absolute normen, waarvan handhaving op zichzelf, afgezien van hun strekking, van waarde moet worden geacht. 'De meeste en oudste rechtsgeboden', redeneert hij, 'zijn ons als absolute regels overgeleverd en niet als voorschriften tot bescherming van bepaalde personen. De Hooge Raad wil het: gij zult eens anders goed niet beschadigen, vervangen door een: gij zijt jegens den eigenaar, den vruchtgebruiker, den huurder [...] verplicht een zaak niet te beschadigen'.<sup>50</sup> Met een dergelijke kritiek op de relativiteitsleer verzet Meijers zich duidelijk tegen de in zijn ogen al te relativistische *Interessenjurisprudentz* die in zijn tijd sterk in opmars was. Daarbij houdt hij vast aan het klassieke uitgangspunt dat de verwijtbaarheid van een gedraging slechts kan worden afgeleid van de moraliteit van het onderliggende wilsbesluit en onafhankelijk is van de praktische consequenties ervan.<sup>51</sup> Met zijn keuze voor de relativiteitsleer neemt de Hoge Raad 'in een van de meest principieele vragen der rechtsphilosophie' volgens

46 R.J. Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1949, p. 74, geciteerd via Lankhorst 1992, p. 20.

47 HR 25 mei 1928, *NJ* 1928, p. 1688 (*Marchant et d'Ansembourg*).

48 Noot E.M. Meijers bij HR 24 januari 1930, *NJ* 1930, p. 299 (*Brandstichting*).

49 Zie o.a. Lankhorst 1992, p. 29.

50 E.M. Meijers, noot bij HR 24 januari 1930, *NJ* 1930, p. 299 (*Brandstichting*).

51 Vgl. o.a. Hol 1993, p. 38.



Meijers een verkeerd standpunt in. Door rechtsnormen voortaan primair te bezien vanuit de sociale verhoudingen waarop zij betrekking hebben miskent de Hoge Raad volgens hem ten onrechte dat er ‘rechtsregels zijn, die aanvaard worden, onverschillig of zij het een of andere belang dienen, alleen reeds omdat het menselijke rechtsbewustzijn hun opvolging eischt’.<sup>52</sup>

In meer praktische zin wijst Meijers op het gevaar van rechtsonzekerheid waarin de relativiteitsleer zou resulteren. In zijn ogen is het ondoenlijk steeds met voldoende precisie het door een bepaalde norm beschermde belang te identificeren; relativiteit zal volgens hem daarom een ‘bron voor tal van processen’ zijn. De idee van ‘onrecht tegenover den een, wat geen onrecht is tegenover den ander’ is in Meijers’ ogen een duister concept; de ‘resultaten tot heden verkregen’, zo schrijft hij, ‘verschaffen in ieder geval weinig helderheid’.<sup>53</sup> Het bezwaar van rechtsonzekerheid werd gedeeld door Scholten, die de strekking van een norm omschrijft als een ‘niet zeer helder begrip’ dat onmogelijk met enige scherppte bepaalbaar zou zijn.<sup>54</sup> Daarnaast kan de relativiteitsleer volgens Scholten tot onbillijke resultaten leiden. Een voorbeeld daarvan vindt hij in het arrest *Intercueros* uit 1929, waarin de Hoge Raad zich uitsprak over een zaak waarin een kantoorbediende van de handelsmaatschappij *Intercueros N.V.* door een procuratiehouder ondertekende, maar verder blanco briefvellen uit de brandkast van zijn patroon had weggenomen waarop hij valselijke betalingsopdrachten opstelde. Slechts het wegnemen van de briefvellen geschiedde onder diensttijd; de overige wederrechtelijkheden verrichte de bediende in zijn vrije tijd. In cassatie eiste de Twentsche Bank desalniettemin van *Intercueros* terugbetaling van de ten onrechte uitgekeerde geldsommen. Van beslissende betekenis was daarbij de vraag of het wegnemen van de briefvellen alleen een onrechtmatige daad inhield jegens *Intercueros*, of ook jegens de bank. Op grond van de nieuwe relativiteitsleer gaf de Hoge Raad op deze vraag een restrictief antwoord, zodat *Intercueros* jegens de bank niet aansprakelijk werd geacht. Volgens Scholten is die uitkomst onbillijk. De Twentsche Bank mocht er volgens hem op vertrouwen dat de briefvellen door *Intercueros* en zijn medewerkers op een dusdanige manier zouden worden beheerd dat vermogensschade voor de Twentsche Bank zo goed als uitgesloten zou zijn.<sup>55</sup>

Met Meijers en Scholten betoonde ook P.H. Smits zich een tegenstander van de relativiteitsleer. Zijn bezwaren lichtte hij uitgebreid toe in een meerdelig feuilleton in *WPNR*, waarin hij de stellingname uiteenzette die nadien bekend kwam te staan als de ‘leer-Smits’. In scherp contrast tot Meijers betoogde Smits dat ongeschreven zorgvuldigheidsnormen naar hun aard niet anders dan relatief kunnen zijn. Wie onzorgvuldig handelt, doet dat volgens Smits nooit in absolute zin, maar altijd jegens een of meer bepaalde anderen.<sup>56</sup> Daarom zou het niet nodig zijn om ongeschreven zorgvuldigheidsnormen nog verder te relativiseren. Sterker nog: bij de aanname van onrechtmatigheid op grond van rechtsinbreuk en schending van ongeschreven recht zijn overwegingen van relativiteit volgens Smits

52 E.M. Meijers, noot bij HR 11 maart 1937, *NJ* 1937, p. 899 (*Holdisco*).

53 E.M. Meijers, noot bij HR 24 januari 1930, *NJ* 1930, p. 299 (*Brandstichting*).

54 P. Scholten, noot bij HR 28 februari 1929, *NJ* 1929, p. 905 (*Intercueros*).

55 Zie voor een ander oordeel o.a. Telders 1929, p. 186, door wie het oordeel van de Hoge Raad met instemming wordt ontvangen.

56 Smits 1938, p. 436.

sowieso volstrekt overbodig.<sup>57</sup> Voor de vorm van onrechtmatigheid die bestaat uit de overtreding van een wettelijk voorschrift stelt Smits bovendien een alternatief toetsingskader voor. Volgens hem kan ook hier de onderliggende zorgvuldigheidsnorm bij de beoordeling van een bepaalde overtreding behulpzaam zijn. '[D]e aansprakelijkheid van den wetsovertreder' dient volgens hem niet af te hangen van de wetmatigheid van zijn gedrag *in abstracto*, maar slechts van het antwoord op de vraag 'of hij, onder de gegeven omstandigheden, met het oog op de voorzienbare gevolgen (rechtsinbreuk, schade voor anderen) deze wetsovertreding had moeten nalaten.' Door gedrag principieel te waarderen aan de hand van een intersubjectieve zorgvuldigheidstoets kunnen volgens Smits op eenvoudiger en dogmatisch zuiverder wijze de resultaten worden verkregen die door Van Geleijn Vitranga en anderen met behulp van de relativiteitsleer worden nagestreefd.<sup>58</sup>

Tot op de dag van vandaag kent de leer-Smits veel medestanders.<sup>59</sup> De bezwaren die ertegen kunnen worden ingebracht zijn mijns inziens echter overtuigend. Zo kan bijvoorbeeld worden betoogd dat aan rechtsinbreuk als onrechtmatigheidscriterium wel degelijk zelfstandige waarde dient te worden toegekend.<sup>60</sup> Wanneer bijvoorbeeld iemand op goede, maar naar later blijkt onjuiste gronden beslag legt op iemands goederen, is deze gedraging niet per se onzorgvuldig; de onrechtmatigheid bestaat er veeleer in, dat de beslaglegging op zichzelf een rechtsinbreuk teweeg brengt.<sup>61</sup> Daarnaast zijn er goede argumenten om ook in de overtreding van een wettelijk voorschrift een zelfstandig onrechtmatigheidscriterium te zien. De eis van zorgvuldigheid, zo schrijft Brunner bijvoorbeeld, is weliswaar een 'basisnorm voor maatschappelijk toelaatbaar gedrag [...], maar het recht is niet meer zo primitief dat we nog steeds op de toepassing van die vage basisnorm zijn aangewezen'.<sup>62</sup> Door normen vast te leggen als geschreven rechtsregels worden deze voor burgers helder en inzichtelijk. Als zodanig dragen zij in een bepaalde mate bij aan de sturing van menselijk gedrag en scheppen zij ook bepaalde gerechtvaardigde verwachtingen. De schending van geschreven regels is op die manier een belangrijke indicatie voor onrechtmatigheid waaraan een eigen gewicht moet worden toegekend. De leer-Smits gaat aan die zelfstandige waarde voorbij en ontdoet de optekening van algemeen verbindende voorschriften van haar functie. Terecht willen veel critici zo ver niet gaan.<sup>63</sup>

## 5. ...NAAR DE CORRECTIE-LANGEMEIJER

Waar Meijers en Scholten van de relativisering van rechtsnormen dus niets willen weten, bepleit Smits juist dat een dergelijke relativisering overbodig is omdat rechtsnormen *per definitie* betrekkelijk zijn. Op die manier toont de leer-Smits duidelijk de kenmerken van

57 Smits 1938 p. 448; p. 469; p. 479.

58 Smits 1938, p. 491. Zie verder o.a. Den Hollander 2016, p. 86-92.

59 Zo o.a. Van Dam 1989, nr. 56 e.v.; Hartlief & Van Maanen 1995, p. 64; Verheij 2005, p. 42.

60 Sieburgh 2000, p. 59-68.

61 Vgl. Sieburgh 2000, p. 65; vgl. o.a. HR 13 januari 1995, *NJ* 1997/366 (*Ontvanger/Bos*). Vgl. ook PG Boek 6 (TM), p. 614, waar Meijers dat 'Indien [...] de gedraging zelf de inbreuk oplevert is, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, de onrechtmatigheid daarmee gegeven is'.

62 Brunner 1991, p. 1626.

63 Zie o.a. Sieburgh 2000 p. 70-71.

een radicale *Interessenjurisprudentz* die voor Meijers en Scholten veel te ver gaat. Een middenpositie tussen Meijers en Scholten enerzijds en Smits anderzijds wordt ingenomen door Langemeijer, die in een tweedelig artikel in het *NJB* uit 1940 uiteenzet waarom hij de relativiteitsgedachte *an sich* ondersteunt, maar zich tegelijkertijd verzet tegen een ‘mechanische toepassing’ ervan, die in zijn ogen in bepaalde gevallen tot onbillijke resultaten kan leiden.<sup>64</sup> Het ook door Meijers bekritiseerde Brandstichtingsarrest uit 1930 is van een dergelijke al te mechanische toepassing een goed voorbeeld. Anders dan Meijers verzet Langemeijer zich in zijn kritiek op dat arrest niet tegen de relativiteitseis als zodanig, maar betoogt hij dat de Hoge Raad voorbij gaat ‘aan de omstandigheid, dat een handeling door het geschreven recht is verboden, een reden [is] om *des te eerder* aan te nemen, dat diezelfde handeling ook door het ongeschreven recht, maar dan ter wille van geheel andere belangen, wordt gewraakt’.<sup>65</sup> Net als Brunner gaat Langemeijer daarbij uit van de gedachte dat wettelijke normen een in het maatschappelijk verkeer een zelfstandige gedragssturende werking vervullen, zodat in de overtreding van een wettelijke bepaling, ook los van haar strekking, een belangrijke indicatie voor onrechtmatigheid dient te worden gezien.

De gedachte dat schending van een wettelijke normstelling op zichzelf dient mee te wegen ter beantwoording van de vraag of een daarmee samenhangende ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is overschreden kreeg in de rechtsgeleerde literatuur de naam van haar bedenker; sinds het beroemde arrest *Tandartsen* uit 1958 staat de figuur bekend als de correctie-Langemeijer. De feiten van de zaak waren de volgende. Na een jarenlange studie vestigde Beukers zich als bevoegd tandarts in Tilburg. Dorenbos oefende daar eveneens de tandheelkunde uit, maar beschikte niet over de daartoe vereiste papieren. Op grond van artikel 7 van de Wet Tandheelkunde, dat onbevoegde uitoefening van de tandheelkunde ten strengste verbiedt, eiste Beukers in rechte onder andere schadevergoeding op grond van een jegens hem (en andere bevoegde Tilburgse tandartsen) gepleegde onrechtmatige daad. De Rechtbank Breda wees deze eis toe; het Hof 's-Hertogenbosch redeneerde evenwel dat het ingeroepen wetsartikel niet strekte tot bescherming van de vermogensbelangen van concurrerende tandartsen, maar slechts tot bescherming van het publiek tegen ondeskundige beroepsuitoefening, zodat er van een plicht tot schadevergoeding jegens Beukers en zijn collega's geen sprake kon zijn. In zijn hoedanigheid als procureur-generaal bij de Hoge Raad stemde Langemeijer met die strekkingsanalyse op zichzelf in. In de onwettigheid van Dorenbos' optreden zag hij desalniettemin een doorslaggevende reden om toch ook tot onzorgvuldigheid *jegens Beukers* te concluderen.<sup>66</sup>

Ter onderbouwing van dat oordeel stelt Langemeijer ‘dat, zolang men te doen heeft met een rechtsorde, die haar normale maatschappelijke functie vervult, het gesteld zijn van die regel ook een bestanddeel is van het maatschappelijk leven in de ruimste zin van het woord en dat dit maatschappelijk leven [...] tot de onrechtmatigheid van een bepaald gedrag kan doen besluiten.’ Bij de beoordeling van de vraag of jegens een bepaalde persoon weliswaar geen geschreven regel, maar wel een ongeschreven norm is geschonden, kan onwettigheid

64 Langemeijer 1940 p. 424.

65 Langemeijer 1940, p. 387.

66 Conclusie P-G Langemeijer bij HR 17 januari 1958, *NJ* 1961/568 (*Tandartsen*).

immers een belangrijke rol spelen. Zo oordeelt Langemeijer *in casu* dat ‘wanneer het uitoefenen van de tandheelkunst door een geschreven norm [...] verboden is aan [...] tandartsen [...], het gevolg hiervan zal zijn, dat iemand van behoorlijk maatschappelijk gevoel, die zich tot het uitoefenen der tandheelkunst geroepen voelt, zich onderwerpt aan de examens voor (...) tandarts’. Wie anderszins handelt, schendt daarom volgens hem een ongeschreven norm, die behalve tot bescherming van de volksgezondheid mede strekt tot de bescherming van de vermogensbelangen van concurrerende tandartsen. Wie kiest voor de uitoefening van de tandheelkunst dient zich volgens Langemeijer namelijk uitdrukkelijk rekenschap te geven van enerzijds de ‘economische betekenis van een lange, kostbare en bepaalde gaven eisende studie’ en anderzijds ‘de kans op inkomsten, die mede wordt bepaald door de omstandigheid, dat in ieder geval niet een onbegrensd aantal mensen die studie zal willen en kunnen volbrengen’. In zijn arrest stemde de Hoge Raad met deze redenering van Langemeijer in.

In de middenpositie tussen *Begriffs-* en *Interessenjurisprudenz* die Langemeijer daarmee inneemt gaat hij weliswaar primair uit van concrete, in het recht der werkelijkheid te beschermen belangen, maar kent hij tegelijkertijd een zelfstandige normatieve waarde toe aan objectieve regels. In die zin is zijn benadering duidelijk verwant aan de *Wertungsjurisprudenz* zoals onder meer voorgestaan door Larenz. Wetten, zo redeneert Langemeijer, zijn niet alleen vaak een reflectie van maatschappelijke betamelijkheid, maar geven daaraan ook mede gestalte. ‘Het wettelijke verbod’, schrijft Langemeijer, ‘is een factor, die van belang is voor de gevoelens, die inbreuk op dat verbod begeleiden bij hem die de inbreuk pleegt en bij anderen; datzelfde verbod beïnvloedt de berekeningen van economische en andere aard, die de rechtsgenoten bij de bepaling van hun gedrag zullen maken en wellicht nog meer.’ Wie zorgvuldigheid jegens anderen in acht neemt, deinst er volgens Langemeijer veelal voor terug een wettelijke regel te overtreden; op die manier zou de geschreven rechtsregel de ‘gevoelens’ van de (potentiële) overtreder beïnvloeden. Maar ook bij anderen brengen regels van geschreven recht volgens Langemeijer een bepaald effect teweeg. Deelnemers aan het maatschappelijk verkeer koesteren veelal de gerechtvaardigde verwachting dat anderen zich aan geobjectiveerde regels houden; op die verwachting zullen zij volgens Langemeijer, ‘uitgaande van berekeningen van economische en andere aard’, over het algemeen hun handelen baseren. Met andere woorden: aan wat heden ten dage wel wordt aangeduid als de *coördinerende* functie van geschreven rechtsregels hecht Langemeijer veel waarde. Wettelijke regels vormen niet alleen veelal de weerslag van allerlei gewoonten en normatieve overtuigingen, maar hebben ook een uitwerking op het maatschappelijk verkeer doordat burgers er hun gedrag op afstemmen en er verwachtingen aan ontleen. In die zin vervullen zij een actieve rol in de ordening van het maatschappelijke verkeer.<sup>67</sup>

## 6. RELATIVITEITSLEER ‘NIEUWE STIJL’

De aanname in de literatuur dat het ‘doel’ van de relativiteitsleer oorspronkelijk reeds was gelegen in de indamming van aansprakelijkheid berust naar het zich laat aanzien op de

67 Vgl. o.a. Taekema 2014, p. 141; Westerman 2012, p. 720 e.v.

anachronistische projectie van actuele preoccupaties op de historische ontwikkeling ervan. In het nieuwe burgerlijk wetboek is gekozen voor de afzonderlijke codificatie van een relatief onrechtmatigheidsbegrip in artikel 6:162 lid 1 enerzijds (hij die *jegens een ander* een onrechtmatige daad pleegt) en een relativiteitseis ter inperking van aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad anderzijds (art. 6:163). Die dubbele codificatie roept natuurlijk de vraag op hoe de ene bepaling zich nu tot de andere verhoudt. Valt artikel 6:163 BW te zien als een nadere *uitwerking* van het relatieve onrechtmatigheidsbegrip van artikel 6:162 lid 1? Of heeft de laatste bepaling ten opzichte van de eerste zelfstandige waarde? De meningen in dezen zijn verdeeld; waar, onder meer Van Maanen in de beide bepalingen één geheel ziet,<sup>68</sup> benadrukken Hartkamp en Sieburgh juist de zelfstandige waarde van de artikelen.<sup>69</sup> De recente analyse van deze kwestie door P.W. den Hollander laat zien dat de wetstekst, de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie van de Hoge Raad ruimte laten aan beide opvattingen, zodat de verhouding tussen de artikelen naar positief recht vooralsnog niet vaststaat.<sup>70</sup> Desalniettemin is het in de literatuur gebruikelijk de relativiteitseis te beschrijven als een zelfstandige voorwaarde voor aansprakelijkheid en niet slechts als het logische gevolg van een relatieve onrechtmatigheidsopvatting.<sup>71</sup> Daarom is het niet verbazingwekkend dat de relativiteitsleer heden ten dage vooral wordt gezien als een grond tot beperking van aansprakelijkheid, terwijl de fundamentele notie van het relatieve onrechtmatigheidsbegrip enigszins op de achtergrond is geraakt.

Aan wat wel wordt aangeduid als de relativiteitsleer ‘nieuwe stijl’ werd voor het eerst uiting gegeven in *Duwbak Linda*. Dat arrest betreft een zaak waarin een aan De Jong-Haakman toebehorende duwbak namens de staat wordt gekeurd door een expertisebureau. Op grond van de bevindingen van dat onderzoek voorziet een commissie van deskundigen de duwbak (genaamd Linda) namens de staat voor een periode van zeven jaar van een volgens het Reglement op de scheepvaart op de Rijn (hierna: RosR) benodigd certificaat van goedkeuring. Ten gevolge van zware roestvorming komt de Linda kort daarna tot zinken en brengt zij zware schade toe aan een baggercombinatie waaraan zij lag afgemeerd. De eigenaar van de combinatie, Van Hasselt, eist daarop niet alleen schadevergoeding van De Jong-Haakman, maar ook van het expertisebureau en van de staat, die aansprakelijk zouden zijn vanwege, respectievelijk, een ondeugdelijke keuring en het ten onrechte afgeven van het certificaat. De aansprakelijkheid van het onderzoeksbureau en de staat wordt door de Hoge Raad echter niet erkend. Daartoe overweegt de Raad dat het RosR slechts beoogt ‘de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer te bevorderen’; de wetsgeschiedenis biedt in zijn ogen geen aanknopingspunt voor de conclusie dat het RosR mede strekt tot ‘bescherming van het individuele vermogensbelang’ van *afzonderlijke deelnemers* aan dat verkeer.<sup>72</sup>

68 Van Maanen 1997, p. 271-272; vgl. o.a. Spier e.a. 2012, nr. 65.

69 Asser-Hartkamp & Sieburgh 2015, nr. 129; vgl. ook Di Bella 2014, p. 123.

70 Den Hollander 2016, p. 40 e.v.

71 Zie o.a. Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 125 e.v.

72 HR 7 mei 2004, *NJ* 2006/281, m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.2-3.4.3.

Door velen werd die redenering met verbijstering ontvangen.<sup>73</sup> Zoals ook reeds uiteengezet in de conclusie van advocaat-generaal Spier vermeldt de totstandkomingsgeschiedenis over het beschermingsbereik van het RosR welbeschouwd helemaal niets. De parlementaire geschiedenis van het als artikel 6:163 gecodificeerde relativiteitsvereiste zelf stelt voor dit soort gevallen dat ‘een norm in beginsel strekt ter bescherming van allen die als gevolg van overtreding ervan schade kunnen lijden’; voor een geslaagd beroep op een gebrek aan relativiteit moet derhalve komen vast te staan dat ‘de betreffende norm de eiser in het gegeven geval *niet* beschermt tegen de schade, zoals hij deze heeft geleden.’<sup>74</sup> Over het algemeen wordt deze passage begrepen als een soort positieve bewijslast voor degene die zich op een gebrek aan relativiteit beroept; de wetgever zou bij de formulering van artikel 6:163 zijn uitgegaan van een ‘vermoeden van relativiteit’ dat slechts terzijde kan worden geschoven wanneer uit duidelijke aanwijzingen het tegendeel blijkt.<sup>75</sup> Van dergelijke aanwijzingen is in de parlementaire geschiedenis evenwel geen sprake; evenmin draagt de Raad andere concrete argumenten aan waaruit een gebrek aan relativiteit zou kunnen blijken. Hoewel de Raad zich er niet expliciet over uitlaat, is het daarom niet onaannemelijk dat hij in zijn arrest advocaat-generaal Spier volgt in zijn vrees dat bij ‘het aannemen van een ruim geldingsbereik van allerlei keuringsbepalingen’ het ‘geenszins te verwaarlozen risico’ bestaat dat ‘de geest uit de fles raakt en daarna niet meer te bezweren valt.’<sup>76</sup> In een maatschappij waarin ‘steeds meer klassieke overheids taken’ worden geprivatiseerd, waarbij de overheid nog slechts de rol van controleur heeft, zou zo’n ruim bereik volgens Spier voor de staat onaanvaardbare financiële gevaren met zich meebrengen; falend toezicht zou in dat geval immers de ‘floodgates’ van aansprakelijkheid kunnen openen, waardoor de staat met een haast eindeloze golf van betalingsverplichtingen zou kunnen worden geconfronteerd. Wanneer de Hoge Raad in zijn arrest waarschuwt tegen wetsinterpretatie die een ‘in beginsel onbeperkte kring van derden zou beschermen’ lijkt hij zich hierbij impliciet aan te sluiten.<sup>77</sup>

Weinigen betwijfelen dat het oordeel van de Hoge Raad in *Duwbak Linda* in feite berust op beleidsoverwegingen. In zijn noot duidt Hijma de relativiteitsredenering in het arrest bijvoorbeeld aan als een ‘sierlijke weg’ ter voorkoming van een ‘cascade aan aansprakelijkheden’.<sup>78</sup> Dienovereenkomstig beschrijft Van Maanen de relativiteitsleer als het ‘geheime wapen van de Hoge Raad’, dat hij kan inzetten als dogmatisch ‘beperkingsinstrument’ wanneer hij dat om beleidsredenen wenselijk acht. ‘Of we daar nu *altijd* blij mee moeten zijn’ is voor Van Maanen sterk de vraag, maar op een rechtspolitieke omgang met de relativiteitsleer lijkt hij op zichzelf weinig problemen te hebben.<sup>79</sup> Kritischer is, onder meer, het oordeel van Di Bella, door wie een ‘activistische toepassing van het relativiteitsvereiste’ scherp van de hand wordt gewezen; volgens haar bestaat bij

73 Zie o.a. Giesen 2005, p. 143-148; Van Maanen 2007, p. 1; Hartlief & Tjittes 2004, p. 1583; Jurgens 2004, p. 9; Drion 2007, p. 1395; Van Dunné 2007.

74 PG Boek 6, p. 638 (MVA II)

75 Vgl. o.a. Den Hollander 2012, p. 447; Den Hollander 2016, p. 173 e.v..

76 Conclusie A-G Spier bij HR 7 mei 2004, *NJ* 2006/281 (*Duwbak Linda*), punt 4.42.

77 HR 7 mei 2004, *NJ* 2006/281 (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.3; zie voor een ander standpunt o.a. Den Hollander 2016, p. 185-186.

78 J. Hijma, noot bij HR 7 mei 2004, *NJ* 2006/281 (*Duwbak Linda*), punt 11.

79 Van Maanen 2014, p. 144-145.



dergelijke toepassing een veel te groot gevaar van rechtsonzekerheid en willekeur, waarbij de rechter keuzes maakt die slechts voorbehouden zouden zijn aan de wetgever.<sup>80</sup> Los daarvan klinkt alom de kritiek dat de Hoge Raad in *Duwbak Linda* zijn beslissing op al te verhullende wijze beargumenteert. Volgens Giesen is overduidelijk dat de Hoge Raad in *Duwbak Linda* de relativiteitsleer slechts inzet om zijn werkelijke, ook zijns inziens vooral politieke beweegredenen te verbergen. Volgens hem zou het beter zijn wanneer de Raad gewoon open kaart zou spelen, zodat de ‘werkelijke redenen’ van zijn beslissing ‘op hun merites kunnen worden beoordeeld’.<sup>81</sup> In navolging van Vranken pleit hij daarom voor een meer ‘discursieve’ wijze van motiveren waarbij de rechter de kaarten niet steeds aan de borst houdt.<sup>82</sup>

Als verklaard tegenstander van de relativiteitsleer is ook Van Dunné zeer kritisch over *Duwbak Linda*. Sowieso ziet Van Dunné in de idee van relativiteit een levensgevaarlijke ‘akademische voetzoeker’ die hij het liefst zou willen bewaren op de ‘gesloten afdeling’ van enkele juridische bibliotheken, slechts als dogmatisch curiosum toegankelijk voor juridisch onderzoekers.<sup>83</sup> Als ongeleid projectiel bij uitstek zou de relativiteitseis in de werkelijkheid van het recht al tot genoeg ‘betreurenswaardige uitspraken’ hebben geleid, waarmee hij met name doelt op de beruchte serie arresten over verhaalsacties van de staat bij grootschalige bodemvervuiling.<sup>84</sup> Zelfs daarmee vergeleken ziet Van Dunné in *Duwbak Linda* een ‘hoogtepunt van treurigheid’. Zijn kritiek richt zich vooral op de wijze waarop de relativiteitsleer de argeloze beschouwer het zicht ontnemt op de overwegingen van rechtspolitiek waarom het de Raad werkelijk zou gaan. Evenals Giesen en Vranken erkent hij op zichzelf dat aan het aansprakelijkheidsrecht in beginsel politieke en rechtseconomische overwegingen ten grondslag kunnen liggen. Daarbij is het in zijn ogen van groot belang, dat de Hoge Raad aan het debat daarover met open vizier deelneemt en zich niet verbergt achter ingewikkelde, in feite niet ter zake doende dogmatische redeneringen. Nog los daarvan meent hij dat *Duwbak Linda* een zaak betreft waarin de relevante voorschriften dermate bruusk zijn overtreden, dat de onzorgvuldigheid jegens andere rechtssubjecten die op naleving van die normen mochten vertrouwen reeds daarmee is gegeven; in die redenering herkennen we de correctie van Langemeijer. Tot Van Dunnés verbijstering komt deze correctie in het arrest van de Hoge Raad en de conclusie van de advocaat-generaal in het geheel niet ter sprake, zodat ook langs die weg niet wordt voorkomen dat ‘een minder gelukkige leer’ tot ‘minder ongelukken’ leidt.<sup>85</sup>

Een even geruchtmakend arrest waarin de Hoge Raad de relativiteitseis op vergelijkbare wijze lijkt in te zetten als rechtspolitiek instrument ter indamming van ongewenste aansprakelijkheid is *Iraanse vluchtelingen*.<sup>86</sup> In dit arrest sprak de Hoge Raad zich uit over een eis tot schadevergoeding van de uit Iran afkomstige vluchtelingen

80 Di Bella 2014, p. 157-158.

81 Giesen 2005, p. 170; Giesen 2015, p. 277.

82 Vranken 2005, nr. 24 e.v.

83 Van Dunné 1990, p. 471. Zie meer recent Van Dunné 2016 over relativiteit als een ‘verkalkt leerstuk’.

84 Zie o.a. HR 30 september 1994, *NJ* 1996/196, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Shell*); HR 30 september 1994, *NJ* 1996/197, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Duphar*); HR 30 september 1994, *NJ* 1996/198, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Fasson*).

85 Van Dunné 2007, p. 128; p. 140.

86 HR 13 april 2007, *NJ* 2008/576, m.nt. J.B.M. Vranken (*Iraanse vluchtelingen*).



Yazdanlatif, die van de staat de vermogensschade vergoed wilde zien die was ontstaan doordat de staat haar gedurende vijf jaren ten onrechte niet van een verblijfsstatus had voorzien. Deze eis werd door het hof ingewilligd op grond van artikel 17 van het Vluchtelingenverdrag, waaraan volgens het hof rechtmatig verblijvende vluchtelingen een recht op loonvormende arbeid kunnen ontleen.<sup>87</sup> Op basis van een zorgvuldige analyse van de totstandkomingsgeschiedenis van het Vluchtelingenverdrag werd dit oordeel in cassatie door advocaat-generaal Spier onderschreven.<sup>88</sup> Uiteindelijk liet de Hoge Raad de eis van Yazdanlatif echter stranden op het relativiteitsvereiste. Het ontbreken van normen die strekken tot de bescherming van de belangen van individuele rechtssubjecten kon dit keer nooit het obstakel zijn; de relevante bepalingen beogen immers overduidelijk niet alleen in een rechtvaardig vluchtelingenbeleid in het algemeen te voorzien, maar zijn daarnaast vooral ook gericht op de bescherming van de belangen van individuele vluchtelingen in het bijzonder. Een onoverkomelijke hindernis zou dit maal evenwel gelegen zijn in het zakelijke beschermingsbereik van de betreffende wettelijke regelingen, die door de Raad geheel zelfstandig van een bepaalde strekking worden voorzien. ‘De toelating’, zo stelt hij, ‘vindt plaats om humanitaire redenen, teneinde [de vluchteling] te beschermen tegen vervolging in het land van herkomst. Zij strekt niet tot bescherming van enig vermogensrechtelijk belang van de vluchteling.’<sup>89</sup>

Naar hetgeen aan dat oordeel precies ten grondslag ligt, blijft het gissen. In een uitgebreide (en kritische) annotatie op het arrest schrijft Lindenbergh het zuinige oordeel van de Raad toe aan de ‘op dit moment in Nederland levende (rechts)overtuiging ten aanzien van vluchtelingen’, die met name zou inhouden dat zij ‘blij [moeten] zijn met hun toelating, maar verder niet [moeten] zeuren’.<sup>90</sup> In dezen krijgt Lindenbergh bijval van Drion, die in *NJB* schrijft dat het ‘het ontzeggen, en zeker het mager gemotiveerd ontzeggen, van iedere vermogensrechtelijke bescherming aan vluchtelingen jegens de Staat als primaire laedens te veel de schijn creëert dat wij vluchtelingen, anders dan andere onderdanen, misschien wel gelijk willen geven, maar alleen als het niets kost’.<sup>91</sup> Ook Van Maanen is dit keer buitengewoon kritisch. In zijn annotatie bij het arrest betreurt hij dat de op zichzelf door hem onderschreven relativiteitsleer in een arrest als *Iraanse vluchteling* lijkt te zijn verworpen tot een ‘hoge hoed, waaruit op onnavolgbare wijze standpunten worden getoverd die de ene keer wel en de andere keer niet meebrengen dat het geschonden specifieke belang onder het beschermingsbereik van de norm valt’.<sup>92</sup> In dezelfde zin uit ook Drion scherpe kritiek. *Iraanse vluchteling* toont volgens hem aan dat de relativiteitsleer zich heeft ontwikkeld tot het ‘nieuwe speeltje van de Hoge Raad’, waarbij het voor het individuele rechtssubject onnavolgbaar zou zijn geworden of een ingeroepen norm in een bepaald geval al dan niet bescherming biedt.<sup>93</sup> Ook de correctie-Langemeijer, waarover in *Iraanse vluchteling* met geen woord gerept, biedt in

87 Hof Den Haag 8 december 2005, r.o. 2.2, kenbaar uit HR 13 april 2007, *NJ* 2008/576 (*Iraanse vluchteling*).

88 Conclusie A-G Spier bij HR 13 april 2007, *NJ* 2008/576 (*Iraanse vluchteling*), punt 4.19.

89 HR 13 april 2007, *NJ* 2008/576, m.nt. J.B.M. Vranken (*Iraanse vluchteling*), r.o. 3.4.

90 Lindenbergh 2007, p. 782.

91 Drion 2007, p. 1395.

92 G.E. van Maanen, noot bij HR 13 april 2007, *JA* 2007/93 (*Iraanse vluchteling*), punt 6.

93 Drion 2007, p. 1395.

dit verband geen soelaas. Zoals Vranken terecht stelt lijkt de drempel voor deze correctie bij de Hoge Raad haast onoverkomelijk hoog te liggen, zodat de vraag zich opwerpt of de correctie in de praktijk van het recht nog wel een rol speelt.<sup>94</sup>

Al met al komt uit arresten als *Duwbak Linda* en *Iraanse vluchteling* duidelijk naar voren dat de oude grondgedachte van de relativiteitsleer, die kort gezegd inhoudt dat hetgeen onrechtmatig is jegens de een dat niet per se ook hoeft te zijn jegens de ander, in de nieuwe leer lijkt te zijn ingewisseld voor een vrij opportunistisch gebruik van de relativiteitseis als rechtspolitiek middel tot indamming van ongewenste aansprakelijkheid. Bij de relativiteitsvraag komt het voortaan aan ‘op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt’.<sup>95</sup> De principiële relativisering van onrechtmatigheid, die in de oude leer centraal stond en is gecodificeerd in artikel 6:162 lid 1 BW, is daarmee enigszins naar de achtergrond verschoven; bij het relativiteitsonderzoek is de aandacht vooral gericht op artikel 6:163 BW, dat niet langer primair wordt begrepen als een uitvloeisel van een relatief begrip van *onrechtmatigheid*, maar slechts als de ten opzichte daarvan op zichzelf staande relativisering van *aansprakelijkheid*. Op die manier verwierf de relativiteitsleer in het Nederlandse privaatrecht een rol die bij de invoering ervan niet was voorzien. Niet langer gold de leer als een zoektocht naar het juiste rechtvaardigheidsoordeel tussen *Begriffsjurisprudenz* enerzijds en radicale *Interessenjurisprudenz* anderzijds, zoals die zo mooi tot uitdrukking komt in *Tandartsen* en in de in dat arrest aanvaarde correctie-Langemeijer. Oorspronkelijk geconcipieerd als een instrument dat de rechter in staat stelt het juiste midden te vinden tussen abstracte normen enerzijds en concrete belangen anderzijds verwerd de relativiteitsleer in arresten als *Duwbak Linda* tot een dogmatisch masker voor algemene rechtseconomische overwegingen dat met de oorspronkelijke idee van relatieve onrechtmatigheid nog maar weinig te maken heeft.

## 7. BESCHERMINGSDOEL EN -BEREIK

De nieuwe relativiteitsleer heeft aldus geleid tot veel kritiek. Afgezien van de cynische verdenking van verholde rechtspolitiek waartoe sommige arresten aanleiding hebben gegeven betreft die kritiek vooral ook de rechtsonzekerheid waartoe de relativiteitsleer aanleiding zou geven. Is het met dat laatste werkelijk zo bedroevend gesteld als door sommigen wordt beweerd? Dat de strekking van een norm slechts achterhaald kan worden op grond van interpretatie hoeft *an sich* niet bezwaarlijk te zijn. Wie een tekst interpreteert, schrijft aan die tekst hoe dan ook bedoelingen toe. Naar een belangrijk hermeneutisch inzicht *hebben* teksten op zichzelf helemaal geen vaste bedoelingen; betekenis is immers

94 J.B.M. Vranken, noot bij HR 13 april 2007, *NJ* 2008/576 (*Iraanse vluchteling*), punt 12; zie ook Verheij 2014, p. 98. De relativiteitsleer ‘nieuwe stijl’ kreeg verder o.a. vorm in HR 24 maart 2006, *NJ* 2009/485 (*Pfizer/Cosmétique*), HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527 (*DNB/Stichting Vie d’Or*), HR 10 november 2006, *NJ* 2008/491 (*Astrazeneca/Menzis*), HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/504 (*Barneveld/Gasunie*), HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011, 465 (*Hangmat*), HR 11 januari 2013, *NJ* 2013/47 (*Amsterdam/Have c.s.*), HR 28 maart 2014, *AB* 2015/2 (*Prostitutiebedrijf Amsterdam*). Zie Den Hollander 2016, p. 163 e.v. voor een superieur en compleet overzicht.

95 HR 7 mei 2004, *NJ* 2006/281, m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.1.

altijd contextafhankelijk en daarmee nooit absoluut.<sup>96</sup> Tegen die achtergrond schrijft Schoordijk terecht dat interpreterende subjecten niet anders kunnen dan een bepaalde norm te bezien in het licht van de concrete werkelijkheid waarop deze betrekking heeft. ‘Wij interpreteren de norm altijd naar een wenselijk resultaat toe’, stelt hij; de relativering van een norm houdt daarom volgens hem niets anders in dan de interpretatie van die norm.<sup>97</sup> Daarbij geldt bovendien dat met een abstract begrip van een norm in de rechtsgeleerdheid nooit het laatste woord gezegd kan zijn; in het recht gaat het er uiteindelijk immers om te achterhalen wat op grond van een bepaalde norm in een bepaald concreet geval kan worden geconcludeerd.<sup>98</sup> De relativiteitseis behelst zo bezien eigenlijk niets nieuws.<sup>99</sup>

Maar zelfs wie met Schoordijk uitgaat van de principiële subjectiviteit van wetsinterpretatie hoeft zich natuurlijk niet neer te leggen bij een situatie waarin relativiteitsoordelen op weinig meer dan rechterlijke willekeur berusten. In reactie op kritiek zoals die van Van Dunné en anderen zijn daarom in de loop der jaren tal van voorstellen gedaan om de relativering van rechtsnormen langs een zekere systematiek te laten verlopen, zodat de relativiteitsleer althans ten dele van zijn nogal duistere imago zou kunnen ontdaan. Een belangrijke impuls tot dergelijke systematisering werd ten eerste gegeven door Lankhorst, die in zijn proefschrift uit 1992 een doordacht analytisch kader ontwikkelde aan de hand waarvan de inzichtelijkheid van relativiteitsredeneringen zou kunnen worden vergroot. Als vertrekpunt voor dat analytische kader geeft Lankhorst een semantische analyse van het werkwoord ‘strekken’, dat in de relativiteitsjurisprudentie sinds jaar en dag een prominente rol speelt en in 1992 ook is verwerkt in de gecodificeerde relativiteitseis van artikel 6:163. Enerzijds kan ‘strekken’ in finale zin worden gebruikt; het duidt dan aan dat iets ‘gericht is op’ of dienstig is tot’. Zo strekt, bijvoorbeeld, een boek tot lering en vermaak van zijn lezers. Datzelfde boek kan echter verkrijgbaar zijn zolang de voorraad strekt. In het laatste geval verwijst ‘strekken’ niet naar een bepaald doel, maar duidt het een bepaalde omvang of reikwijdte aan.<sup>100</sup> Beide betekenissen van de ‘strekking van een norm’ liggen volgens Lankhorst in de relativiteitsgedachte besloten. Bij de toepassing van de relativiteitsleer zou het zinvol zijn elk van beide betekenissen afzonderlijk in ogenschouw te nemen.<sup>101</sup> Onder verwijzing naar de Duitse rechtsgeleerde literatuur spreekt hij in dit verband van het *Schutzzweck* als het *doel* van een bepaalde norm enerzijds en van de *Schutzumfang* als het *bereik* ervan anderzijds.<sup>102</sup>

Op grond van dat onderscheid bepleit Lankhorst een tweefasentoets waarin de vraag naar het meer globale beschermingsdoel (*Schutzzweck*) aan de vraag naar het concrete beschermingsbereik (*Schutzumfang*) voorafgaat. Ter bepaling van het beschermingsdoel dient eerst bezien te worden of de norm naast meer algemene belangen tevens de specifieke belangen van particuliere rechtssubjecten beoogt te beschermen; daarbij kan

96 Zie, onder veel meer, Gadamer 2010 [1960], p. 271: ‘Wer einen Text verstehen will, vollzieht immer ein Entwerfen. Er wirft sich einen Sinn des Ganzen voraus, sobald sich ein erster Sinn im Text zeigt.’

97 Schoordijk 1979, p. 367. Zie ook Lankhorst 1992, p. 118.

98 Zie in vergelijkbare zin o.a. Van Klink & Poort 2013, p. 259-260.

99 Vgl. o.a. Lankhorst 1992, p. 124, verwijzend naar D. 1.3.17 (*Celsus*): *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (‘Kennis van wetten betreft niet hun woorden, maar hun kracht en uitwerking’).

100 Lankhorst 1992, p. 99.

101 Vgl. o.a. Bloembergen 1965, p. 169-170; Wiggers-Rust 2011, p. 132-134.

102 Lankhorst 1992, p. 99.

het zowel gaan om de door de norm beschermde kring van personen als om de aard van de geleden schade. Na de ‘prealabele vraag’ naar het beschermingsdoel van de norm kan op toepassingsniveau eventueel ook het beschermingsbereik ervan ter sprake komen. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen een *persoonlijk* en een *zakelijk* aspect. Gesteld dat de overschreden norm überhaupt strekt tot bescherming van particuliere belangen, beschermt de norm dan ook de specifieke persoon om wie het in een bepaald geval gaat? En: wanneer kan worden aangenomen dat de aard van de schade relativiteit niet op zichzelf reeds in de weg staat, kan dan ook worden aangenomen dat de concrete schade in kwestie onder het beschermingsbereik van de norm valt? In het klassieke *Verstekeling* komt het onderscheid tussen beschermingsdoel en –bereik scherp naar voren.<sup>103</sup> Dat arrest betreft een zaak waarin Van den Akker met zijn bestelauto op onzorgvuldige wijze een bocht nam en over de kop sloeg. Zonder zijn medeweten vervoerde hij ook Jansen, die aan het begin van de rit als verstekeling in de laadruimte was gekropen. Buiten kijf staat dat Van den Akkers rijgedrag in strijd is met een centrale gedragsregel van de Wegenverkeerswet (art. 25 oud, nu art. 5 Wvw 1994).<sup>104</sup> Maakt hem dat aansprakelijk voor Jansens letselschade? Verkeersnormen strekken nadrukkelijk tot bescherming van de individuele belangen van de verkeersdeelnemers; aan het vereiste algemene beschermingsdoel (*Schutzzweck*) is daarmee zonder problemen voldaan. Toch acht de Hoge Raad Van den Akker niet aansprakelijk; als bestuurder was hij immers niet op de hoogte (en hoefde dat ook niet te zijn) van Jansens aanwezigheid in de laadruimte.<sup>105</sup> De claim stuit dus op de eis van het beschermingsbereik (*Schutzumfang*), dat *in casu* niet de letselschade van Jansen omvat.<sup>106</sup>

In de literatuur leidt de door Lankhorst voorgestelde tweefasentoets een enigszins sluimerend bestaan.<sup>107</sup> Door Den Hollander is evenwel recent een voorstel gedaan om de fasering van Lankhorst nieuw leven in te blazen. Consequente rechterlijke toepassing van diens model zou volgens hem de voorspelbaarheid van het relativiteitsoordeel in belangrijke mate kunnen versterken. Bij de bepaling van het *Schutzzweck* van een wettelijke norm zou de rechter zich primair op de wetstekst en de toestandkoningsgeschiedenis moeten richten. Wanneer de rechter een relativiteitsoordeel velt op het meer globale niveau van de ‘prealabele vraag’ begeeft hij zich volgens Den Hollander ‘op de helft van de wetgever’. Zijn oordeel over het beschermingsdoel dient daarom volgens hem niet alleen te berusten op wat hij ‘redelijk acht in de voorliggende relativiteitskwestie’, maar ook op zijn staatsrechtelijke verhouding tot de wetgever. De meer concrete vraag naar het beschermingsbereik, daarentegen, betreft volgens Den Hollander het ‘*ius in causa positum*’ en behoort daarmee in typische zin tot het domein van de rechter. Bij de bepaling van de *Schutzumfang* heeft de rechter volgens Den Hollander daarom bij uitstek ruimte voor ‘eigen overwegingen’, zonder daarbij afbreuk te doen aan het ‘rechtsstatelijke ideaal dat de rechter zijn rechtsprekende functie zoveel mogelijk uitoefent in gebondenheid aan

103 HR 27 januari 1984, NJ 1984/536 (*Verstekeling*).

104 Artikel 5 Wvw 1994 luidt: ‘Het is een ieder verboden zich zodanig te gedragen dat gevaar op de weg wordt veroorzaakt of kan worden veroorzaakt of dat het verkeer op de weg wordt gehinderd of kan worden gehinderd’.

105 HR 27 januari 1984, NJ 1984/536 (*Verstekeling*), r.o. 12 en 13.

106 Zie voor meer voorbeelden o.a. Lankhorst 1992, p. 104 e.v.

107 Zie o.a. Wiggers-Rust 2011, p. 132-135.

de wet', waarbij billijkheidsoverwegingen beperkt blijven 'tot het aan hem voorgelegde geval'.<sup>108</sup>

Den Hollanders model is ingenieus, maar of het de relativiteitsleer werkelijk veel verder zou kunnen brengen lijkt mij zeer de vraag. Zo lijkt Den Hollander de rol die de wetsgeschiedenis zou kunnen hebben sterk te overschatten. Voor zover uit de totstand-komingsgeschiedenis van wettelijke normen überhaupt iets valt te destilleren over een door de wetgever beoogd beschermingsdoel zullen individuele rechtssubjecten over het algemeen over veel doorzettingsvermogen of dure advocaten moeten beschikken om dat te achterhalen.<sup>109</sup> Een complicerende factor daarbij is onder andere dat *de* bedoeling van *de* wetgever in veel gevallen zelfs aan de hand van alle relevante stukken onmogelijk te bepalen is; de wetgever bestaat in werkelijkheid immers meestal uit meerdere personen die het onderling in de regel oneens zijn.<sup>110</sup> Daar komt nog bij dat de kracht van wetshistorische argumenten veelal afneemt naarmate een wet ouder is. Dit is met name het geval wanneer zich sinds de invoering van de wet ontwikkelingen hebben voorgedaan die de situatie die de wet beoogt te regelen ingrijpend hebben gewijzigd.<sup>111</sup> Wetgevende organen vaardigen wettelijke normen uit met het oog op de *toekomst*; het ligt daarom niet altijd voor de hand vanuit diezelfde toekomst naar het *verleden* terug te grijpen om deze normen te interpreteren.<sup>112</sup> Maar bovenal lijkt de behoefte aan systematisering die achter zijn model schuil gaat enigszins haaks te staan op hetgeen de relativiteitsidee oorspronkelijk behelst. Zoals geconcipieerd door Van Geleijn Vitringa en zijn tijdgenoten berust de idee van relativiteit op het inzicht dat rechterlijke oordelen nooit volledig kunnen berusten op deductieve, van een vaste set aan normen afgeleide redeneringen, maar steeds ook een onderlinge belangenafweging vereisen waarvan de uitkomst vooraf nooit geheel vast staat. Alle dogmatische verfijning ten spijt zullen de gefaseerde toetsen van Lankhorst en Den Hollander die fundamentele onzekerheid niet kunnen verhelpen.

## 8. BETREKKINGSLEER VAN SCHELTEMA

Hoe verhoudt de discussie over de privaatrechtelijke relativiteitsleer zich nu tot verschillende ideeën over relativisering van rechtsnormen in het bestuursrecht? Opvallend genoeg lopen de discussie over de privaatrechtelijke relativiteitsleer 'nieuwe stijl' en het debat van de afgelopen jaren over bestuursrechtelijke relativiteit goeddeels parallel. Het moderne bestuursrechtelijke debat spitst zich vooral toe op de vraag of een relativiteitseis het bestuursrecht *efficiënter* zou kunnen maken. Wellicht kan de hernieuwde belangstelling voor de idee van relativiteit mede worden begrepen tegen de achtergrond van de bevindingen van de werkgroep-Van Kemenade, die in 1997 een rapport uitbracht waarin zij onder andere een 'wanverhouding' veronderstelt tussen 'de mate waarin vanuit individuele of deelbelangen, reëel of vermeend, belemmeringen kunnen worden opgeworpen' enerzijds

108 Den Hollander 2012, p. 308-309.

109 Zie voor dit klassieke argument o.a. reeds Savigny, die betoogt dat de bedoeling van de wetgever niet relevant is, omdat deze voor de interpret niet of nauwelijks kenbaar is. Zie Savigny 1951 [1803], p. 40.

110 Vgl. o.a. Dworkin 1986, p. 318-321; Scholten 1974, p. 41-42; Groenewegen 2006, p. 104-105.

111 Zie o.a. Groenewegen 2006, p. 105.

112 Vgl. o.a. Wiggers-Rust 2011, p. 136, met enkele mooie voorbeelden uit de relativiteitsjurisprudentie.

en de ‘behartiging van het algemeen belang door het bestuur’ anderzijds.<sup>113</sup> Mede als gevolg van een ‘toename van vaak gedetailleerde regelgeving’ zou onder de Awb een ‘overdaad aan rechtsbescherming’ zijn ontstaan die een ernstig gevaar zou vormen voor de slagkracht van het bestuur.<sup>114</sup> Aanvankelijk werd het rapport van de werkgroep door rechtswetenschappers met hoon overladen, maar uiteindelijk brak het inzicht door dat de werkgroep in al haar juridische gebrekkigheid toch ook bepaalde ‘autonome pathologieën’ van het bestuursrecht blootlegt die zich niet blijvend laten negeren. Het ideaal van absoluut rechtmatig overheidsoptreden, waarbij burgers nooit de gevolgen zouden hoeven dulden van een ‘juridisch onvolkomen besluit’, lijkt daarbij te worden verlaten voor een minder abstracte zienswijze die voortaan voorkomt dat de burger ‘zand in de machine’ kan gooien door oneigenlijk gebruik van bestuursrechtelijke rechtsbescherming.<sup>115</sup> De gedachte dat de relativisering van rechtsnormen een fundamentele ‘relationele’ wending inhoudt die het recht nog afgezien van allerlei maatschappelijke effecten vooral ook rechtvaardiger zou kunnen maken lijkt in het recente debat net als in het privaatrecht naar de achtergrond gedrongen.

Voorheen was dat anders en werd de discussie over relativiteit ook in bestuursrechtelijke kringen langs overwegend zeer principiële lijnen gevoerd. In het formalistische wetsontwerp van Loeff was voor de idee van relativiteit bijvoorbeeld geen enkele plaats. Het door hem bepleite model van bestuursrechtspraak is immers niet gericht op de ‘beslissing [...] van een tusschen twee partijen loopend geschil’, maar slechts op de zuiverheid van de abstracte rechtsorde.<sup>116</sup> Een subjectiever model werd daarentegen aangehangen door M.W. Scheltema, die in zijn proefschrift uit 1908 uitvoerig betoogt dat het wezenlijke kenmerk van rechtspraak niet schuilt in de handhaving van het objectieve recht, maar in de juridische duiding van een bepaalde verhouding tussen verschillende rechtssubjecten; het administratieve recht is daarop in zijn ogen geen uitzondering. Scheltema zet zich dan ook sterk af tegen Loeff, die zijn ideeën over bestuursrechtelijke rechtsbescherming als geen ander entte op objectieve rechtshandhaving als primair doel van het bestuursproces en oorspronkelijk een ‘O.M. in administratieve zaken’ voorstond waarbij eenieder zijn beklag zou mogen doen.<sup>117</sup> In weerwil van dat objectieve model stond Scheltema een stelsel voor waarin de kring van belanghebbenden wordt beperkt tot degenen op wier belang een in het geding zijnde rechtsregel betrekking heeft.<sup>118</sup> Daarmee kan Scheltema worden beschouwd als de eerste pleitbezorger van een bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste, zij het dat de door hem voorgestelde eis de toegankelijkheid van de rechter beperkt en geen betrekking heeft op de rechterlijke toetsing ten gronde. Van Buuren wijst erop dat Van Geleijn Vitringa Scheltema’s werk goed kende en suggereert op dit punt directe beïnvloeding.<sup>119</sup> Als Van Buuren daarin gelijk heeft liggen de wortels van de privaatrechtelijke relativiteitsleer ironisch genoeg niet alleen in het Duitse BGB, maar ook in de ideeënvorming over het

113 Van Kemenade e.a. 1997, p. 9.

114 Van Kemenade e.a. 1997, p. 18.

115 Vgl. o.a. Schueler 2003, p. 15.

116 Zie o.a. Loeff 1887, p. 67; *Wettelijke maatregelen tot regeling der administratieve rechtspraak*, Den Haag: Belinfante 1906, p. 96 (MvT).

117 Loeff 1887, p. 138-139; zie ook Verheij 1992, p. 136.

118 Scheltema 1908, p. 137; vgl. Van Buuren 1978, p. 40 en Wiggers-Rust 2011, p. 160.

119 Van Buuren 1978, p. 40.



Nederlandse bestuursrecht, waarin de relativiteitsgedachte pas vele decennia later zou terugkeren.

Aanvankelijk legde Scheltema's subjectieve model van bestuursrechtspraak het echter duidelijk af tegen het objectieve stelsel zoals dat onder meer door Loeff werd voorgestaan. Weliswaar bleef van de door Loeff in zijn proefschrift gelanceerde figuur van een 'O.M. in administratieve zaken' in Loeffs wetsontwerp niets over; in het uiteindelijk door hem ontwikkelde model blijft rechterlijke toetsing in beginsel achterwege wanneer deze door 'naastbetrokkenen' niet wordt verlangd.<sup>120</sup> De commissie die ter verdere uitwerking van Loeffs wetsontwerp was aangesteld wenste nog aanmerkelijk verder te gaan en stelde voor een bestuursrechtelijke rechtsactie voor te behouden aan de 'subjectief *rechthebbende*' en niet meer zomaar aan elke *belanghebbende*. In de afwijzende reactie op dit voorstel van Minister van Justitie Ort klinkt de 'autonome', sterk op abstracte legaliteit geënte visie op het publiekrecht die aan het objectieve model ten grondslag ligt duidelijk door. In een systeem dat uitgaat van een actierecht op basis van subjectieve rechten zou voortdurend de vraag opkomen welke subjectieve rechten de burger aan een bepaald publiekrechtelijk voorschrift precies kan ontleen. Zo'n stelsel zou in zijn ogen leiden tot klemmende rechtsonzekerheid en de verwerende overheidspartij bovendien telkens het 'goedkoopere verdedigingsmiddel' aanreiken dat de norm in kwestie er niet toe strekt de burger in een bepaald belang te beschermen; van een rechtspraak met 'dergelijke ongewisse kansen' wilde de minister niets weten. In plaats daarvan houdt hij vast aan de idee dat administratieve rechtspraak '[t]egen ieder administratief onrecht [...] aan iederen rechtstreeks belanghebbende' bescherming verschuldigd is.<sup>121</sup> Met andere woorden: voor zover hij belanghebbende is heeft elk afzonderlijk rechtssubject aanspraak op een 'juridisch volkomen besluit'; met minder hoeft hij het niet te doen.<sup>122</sup>

## 9. 'INCONGRUENTE' EN 'CONTRAIRE' BELANGEN

Vanaf de jaren zeventig groeide het inzicht dat het objectieve model van bestuursrechtspraak, zoals voorzien door Loeff en Ort, in bepaalde gevallen tot onbillijke resultaten kan leiden. In een artikel uit 1978 bepleit Scheltema bijvoorbeeld afschaffing van de *reformatio in peius*. Naar Scheltema betoogt is het niet juist 'om als [...] functie van het administratieve proces te aanvaarden een meer algemene controle die niet gericht is op het beschermen van de individuele burger, maar op het belang van de 'staat' of de samenleving als geheel'.<sup>123</sup> In zijn proefschrift uit hetzelfde jaar uit Van Buuren vergelijkbare kritiek op een al te objectief model. Zijn bezwaren richten zich met name op onbillijke resultaten die het gevolg kunnen zijn van wat hij 'incongruente bezwaren' noemt. Hiermee doelt hij op in rechte ingebrachte argumenten die niet in overeenstemming (en daarmee incongruent)

120 *Wettelijke maatregelen tot regeling der administratieve rechtspraak*, Den Haag: Belinfante 1906, p. 89 (MvT): '[E]r bestaat niet de geringste aanleiding, de gedragingen der Overheid aan rechterlijke critiek te onderwerpen, zoolang deze niet door de naastbetrokkenen wordt verlangd.'

121 Ontwerp voor een Wetboek van Administratieve Rechtsvordering, Den Haag: Gebr. Belinfante 1915, p. 64 (MvA), p. 19, geciteerd via Van Buuren 1978, p. 48-49.

122 Tak 2014, p. 2672.

123 Scheltema 1978, p. 265.



zijn ten opzichte van de kwaliteit op grond waarvan een bepaalde procespartij als belanghebbende is aangemerkt. Van Buuren geeft het voorbeeld van een aannemer die in beroep opkomt tegen een aan een van zijn concurrenten verleende bouwvergunning. Argumenten die de klagende aannemer ontleent aan, bijvoorbeeld, planvoorschriften die een bepaalde bedrijfsuitoefening verbieden beschouwt Van Buuren als *congruent*. Anders is het gesteld met, bijvoorbeeld, argumenten die inhouden dat het te verrijzen bouwwerk niet voldoet aan eisen van welstand, die er slechts toe zouden strekken de belangen van omwonenden te beschermen; mits de aannemer elders woonachtig is, zijn diens argumenten volgens Van Buuren *incongruent*. De objectieve vorm van het bestuursrechtelijk geding heeft in Van Buurens ogen het perverse effect dat de aannemer zich toch op dergelijke argumenten kan beroepen. In zijn proefschrift stelt hij daarom een ‘congruentie-regel’ voor die dergelijke uitwassen zou moeten voorkomen,<sup>124</sup> inhoudende dat een belanghebbende zich niet mag beroepen op argumenten die in het geheel niet passen bij de aard van zijn belang.<sup>125</sup>

Later nam Van Buuren van zijn eigen congruentieregel weer afstand. Dat deed hij in een noot bij een uitspraak van de Afdeling waarin deze oordeelde over een zaak waarin omwonenden opkwamen tegen een op te richten woonwagencentrum. Als belangrijkste argument voerden zij daarbij aan dat het centrum zou worden gevestigd in de chemische beschermingszone van een waterwingebied, zodat de vergunning voor de aanleg ervan zich niet zou verdragen met het algemene belang van een goede drinkwatervoorziening. Zij kwamen derhalve niet met argumenten die specifiek passen bij hun hoedanigheid van omwonenden, maar met meer algemene bezwaren die ieder ander even goed had kunnen inbrengen. Bij gegrondverklaring van die bezwaren, redeneert Van Buuren, ‘wringt er in zoverre iets dat zij [...] profiteren’ van de bescherming van belangen die niet in het bijzonder de hunne zijn; aldus is aan de congruentieregel volgens Van Buuren niet voldaan. De Afdeling trekt zich hier echter niets van aan, waarbij zij overweegt dat de wet nu eenmaal geen bepaling bevat ‘waaruit een beperking voortvloeit met betrekking tot de aard van de bezwaren die degene die door een beschikking in zijn belang is getroffen [...] gerechtigd is aan te voeren’.<sup>126</sup> Terecht, zo meent Van Buuren bij nader inzien. Daarbij beroept hij zich expliciet op een essay van Dorhout, die overweegt dat ‘in een rechtsstaat het bestuur gebonden is aan de wet en daaraan gehouden moet kunnen worden’. Volgens Dorhout brengt dat met zich mee ‘dat de burger overheidsbesluiten die hem in zijn belang treffen en die rechtens niet genomen hadden mogen worden, niet behoeft te accepteren en derhalve met succes moet kunnen aanvechten’. Hoewel hij erkent dat dit soms leidt tot *in concreto* soms moeilijk te accepteren resultaten meent hij toch dat het bestuursrecht, anders dan het privaatrecht, steeds aan dit uitgangspunt dient vast te houden. Wanneer eraan zou worden getornd zou de ‘de schade aan de rechtsstaat’ enorm zijn.<sup>127</sup>

Met de aanvaarding van het meer subjectieve model van bestuursprocesrecht in de Algemene wet bestuursrecht kwam de mogelijkheid van een bestuursrechtelijke relativiteitseis (of, althans: een bepaald vereist verband tussen de strekking van de in te

124 Van Buuren 1978, p. 88-90.

125 Van Buuren 1978, p. 206.

126 ARRvS 15 november 1985, AB 1986/321 m.nt. P.J.J. van Buuren.

127 Dorhout 1985, p. 40.

roepen rechtsnormen en de belangen of de hoedanigheid van de eiser) opnieuw ter sprake. Bij de tweede evaluatie van de Awb constateert de commissie-Boukema onder meer een toegenomen procedeerzucht onder belanghebbenden, die zich meer dan voorheen zouden beroepen op ‘alle toepasselijke voorschriften, met inbegrip van voorschriften die in het geheel niet strekken tot bescherming van het belang waarin men is geraakt’. Men kan zich volgens de commissie daarom afvragen of op die manier niet ‘een enigszins oneigenlijk gebruik van de beroepsprocedure wordt gemaakt’. Over de ‘complexe en veelomvattende’ vraag of daarom wellicht een bestuursrechtelijke relativiteitseis zou moeten worden ingevoerd, laat de commissie zich echter niet uit; het rapport van de commissie volstaat met de aanbeveling tot het verrichten van ‘nader onderzoek’ op dit punt.<sup>128</sup> Maar ook de commissie-De Waard, die met dat nadere onderzoek werd belast, laat zich over de wenselijkheid van een relativiteitseis niet heel duidelijk uit, al laat zij doorschemeren wel iets te zien in wat zij de ‘leer van de contraire belangen’ noemt. Deze leer houdt in dat de in rechte aangevoerde bezwaren niet tegengesteld mogen zijn aan de belangen van de appellant; op die manier zouden volgens de commissie de meest ‘tenenkrommende’ gevallen uit het systeem kunnen worden gefilterd.<sup>129</sup>

De leer van de contraire belangen stelt aan de juridische validiteit van argumenten dus minder hoge eisen dan de congruentieregel van Van Buuren, die reeds een beroep op een onvoldoende *specifieke* norm ontoelaatbaar acht; de door de commissie bedoelde constructie houdt slechts in dat de ingeroepen norm niet mag strekken tot een belang dat met dat van de eiser juist strijdig is. Een uitspraak die in de discussie in dit verband een eigen leven is gaan leiden is de zaak waarin omwonenden opkwamen tegen een gepland woonwagenkamp met als argument dat de woonwagenbewoners te veel geluidsoverlast zouden ondervinden van een nabij gelegen zwembad.<sup>130</sup> De overschreden norm betrof hier de bescherming van de belangen van degenen die door het besluit juist waren begunstigd; door velen werd het hoogst ergerniswekkend geacht dat de overschrijding van deze norm in de procedure juist tot hun nadeel werd ingeroepen.<sup>131</sup> In haar conclusie plaatst de commissie ook bij de ‘leer van de contraire belangen’ echter een belangrijke kanttekening, die sterk doet denken aan de hierboven geschetste ‘autonome’ standpunten van Ort en Dorhout: de commissie stelt namelijk dat evengoed de stelling kan worden betrokken dat een burger de gevolgen van een onrechtmatig overheidsbesluit nooit hoeft te dulden. ‘Ook als de geschonden rechtsregels niet mede ten doel hebben het belang van [een rechtstreeks in zijn belang getroffen] derde te beschermen’, overweegt de commissie, is het standpunt verdedigbaar dat deze derde ‘zich niet [hoeft] te laten welgevalen dat zijn belangen worden geschonden door een onrechtmatig besluit’.<sup>132</sup> Op die manier sprak de onderzoekscommissie onder leiding van De Waard zich niet heel duidelijk uit. Dit

128 Commissie Evaluatie Awb II 2002, p. 18-19.

129 De Poorter e.a. 2004, p. 15.

130 ABRvS 19 maart 2003, AB 2003/191.

131 Vgl., onder veel meer, Uylenburg 2007, p. 244.

132 De Poorter e.a. 2004, p. 112.

voorbeeld werd gevolgd door weer een andere commissie onder leiding van M. Scheltema, die onderling te verdeeld bleek om een duidelijk standpunt in te nemen.<sup>133</sup>

## 10. KENNELIJKHEID

De regering liet zich door de bedenkingen van de opeenvolgende commissies echter niet afschrikken en nam een relativiteitseis op in haar ontwerp voor de Wet aanpassing bestuursprocesrecht (Wab), dat zij in 2010 indiende bij de Tweede Kamer. In zijn memorie van toelichting op het voorstel schrijft Minister van Justitie Hirsch Ballin over de bestuursrechtelijke relativiteitseis onder andere dat de relativiteitseis ‘past in het streven naar een slagvaardiger bestuursprocesrecht, waarin geschillen vaker definitief worden beslecht’. Het argument van Dorhout, dat kort gezegd inhoudt dat de rechtsstaat vereist dat burgers altijd met succes moeten kunnen opkomen tegen onrechtmatige overheidsbesluiten die hen in hun belangen direct raken, spreekt hem niet aan. ‘Natuurlijk’, zo betoogt de minister, ‘behoort het bestuur zich altijd aan het recht te houden, maar daaruit volgt niet dat *iedere* feitelijk belanghebbende bij *iedere* rechtsschending altijd aanspraak heeft op vernietiging van het besluit door de rechter’; behalve aan het geschilbeslechtend vermogen van bestuursrechtspraak zou een dergelijke objectieve toets afbreuk doen aan de slagkracht van de overheid, met ‘alle economische [en] maatschappelijke gevolgen voor veel mensen en bedrijven’ van dien.<sup>134</sup> Daarbij bestrijdt hij enkele observaties uit het onderzoeksverslag van De Poorter e.a., die op grond van empirisch onderzoek constateerden dat het ‘oneigenlijk gebruik’ van juridische argumenten bij de Afdeling bestuursrechtspraak ‘betrekkelijk klein’ en bij de secties bestuursrechtspraak van de rechtbanken ‘verwaarloosbaar klein’ is.<sup>135</sup> Hirsch Ballin onderkent dat het om een klein aantal gevallen gaat, maar wijst erop dat het hierbij vaak gaat om gevallen met grote gevolgen die veel aandacht genereren in de media.<sup>136</sup>

De Crisis- en herstelwet (Chw), die in 2009 in reactie op de kredietcrisis werd geconcipieerd en door het demissionaire kabinet-Balkenende IV in sneltreinvaart door het parlement werd geloodst, ademt dezelfde geest. In de aanhef stelt deze wet zich ten doel ‘voorzieningen te treffen voor een versnelde ontwikkeling en verwezenlijking van ruimtelijke en infrastructurele projecten’; op die manier beoogt de wet ‘bij te dragen aan de bestrijding van de economische crisis’. De Chw werd op 16 maart 2010 door de Eerste Kamer aangenomen en is op 31 maart 2010 in werking is getreden in een deel van het omgevingsrecht.<sup>137</sup> In het bijzonder, zo leert de memorie van toelichting, richt de wet zich daarbij op de bestrijding van ‘juridische risico’s’ die in de weg zouden staan aan de voortvarende uitvoering van enkele ‘urgente projecten’ met een aanzienlijke economische betekenis; daarnaast beoogt de nieuwe wet de ‘economische structuur’

133 Zie de brief van voorzitter Scheltema van de Commissie wetgeving algemene regels bestuursrecht aan de Ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 20 februari 2007, beschikbaar via [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl).

134 *Kamerstukken II* 2009/10, 32450, 3, p. 20.

135 De Poorter e.a. 2004, p. 95-96.

136 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, 3, p. 20.

137 Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 32 127 A en *Stb.* 2010, 135.

van het bestuursrecht in het algemeen te versterken. Aldus bevat de Chw ook een relativiteitsvereiste, waarmee de wetgever tegemoet wilde komen aan de ‘thans [...] breed gevoelde maatschappelijke behoefte om een besluit niet te laten stranden en de realisering van een ruimtelijk project niet te laten vertragen wegens schending van een rechtsregel die uiteindelijk geen nadeel berokkent aan de appellant’. Het voorziene artikel 1.9 Chw bepaalde daarom dat de rechter het bestreden besluit niet toetst aan een rechtsregel die ‘niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich beroept op schending van die rechtsregel’. Kritische leden van de SGP-fractie merkten op dat die formulering tot aanzienlijke ‘afbakeningsproblemen’ zou kunnen leiden; op grond van het belang van rechtszekerheid drongen zij erop aan in artikel 1.9 een ‘kennelijkheidseis’ op te nemen, zodat ingewikkelde discussies over de strekking van rechtsnormen binnen zekere perken zouden kunnen worden gehouden.<sup>138</sup> Bij de tweede nota van wijziging werd daarop het woord ‘kennelijk’ aan artikel 1.9 Chw toegevoegd.<sup>139</sup>

Ook het in de Wet aanpassing bestuursprocesrecht voorziene artikel 8:69a Awb bevat een kennelijkheidseis; daarmee is het zakelijk gelijk aan artikel 1.9 Chw. De toevoeging van een kennelijkheidsvereiste, zo legt de minister uit in zijn memorie van toelichting, ‘komt tegemoet aan het bezwaar dat het soms niet eenvoudig is om het beschermingsbereik van een norm vast te stellen’; het zou op die manier de rechtszekerheid versterken en met name ook ‘veel extra werk’ en daaruit voortvloeiende vertraging van de rechterlijke procedure wegnemen, onder andere doordat wordt voorkomen dat bij normen van Europese oorsprong regelmatig prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie moeten worden gesteld. In de praktijk, zo verwacht de minister, zal het ‘vrij eenvoudig’ zijn de gevallen eruit te filteren waarin de geschonden rechtsnorm ‘evident’ niet strekt tot het geschade belang; met de rechtsonzekerheid die volgens sommigen van het in te voeren bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste het gevolg zou kunnen zijn, zal het naar verwachting van de minister wel meevallen.<sup>140</sup> De parlementaire geschiedenis van de bestuursrechtelijke relativiteitseis laat op die manier een genuanceerd beeld zien. Enerzijds werd de invoering van de relativiteitseis duidelijk gemotiveerd door instrumentele overwegingen, waarbij vooral werd gedacht aan versnelling van de besluitvorming en aan de versterking van de slagkracht van het bestuur. Anderzijds speelde ook de gedachte mee dat oneigenlijk gebruik van bestuursrechtelijke procedures om billijkheidsredenen moet worden tegengegaan; het oude bestuursrechtelijke ideaal dat *iedere* belanghebbende bij *iedere* rechtsschending door het bestuur aanspraak heeft op vernietiging werd daarom nadrukkelijk losgelaten. Anders dan in het privaatrecht hechte men daarbij evenwel aan een kennelijkheidseis, zodat het ontbreken van relativiteit zou kunnen worden beperkt tot de meest tenenkrommende situaties.

<sup>138</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32127, 6, p. 35.

<sup>139</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32127, 8, p.1.

<sup>140</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32450, 3, p. 20.

## 11. OVERSCHATTING VAN RECHTSNORMEN?

De politieke discussie over het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste stond duidelijk in wisselwerking met een rechtsgeleerd debat over de kwestie, dat kort na de verschijning van het rapport van de commissie-Boukema op gang kwam en vooral in de eerste jaren daarna met een zekere hevigheid werd gevoerd.<sup>141</sup> Onder de voorstanders bevindt zich onder meer B.J. Schueler, die er in zijn Amsterdamse oratie uit 2003 op wijst dat een eenzijdige nadruk op rechtsbescherming in het bestuursrecht soms ten koste kan gaan van het maatschappelijk draagvlak voor bestuursrechtspraak.<sup>142</sup> In zijn rede onderschrijft hij de analyse van Hertogh, die een ‘kloof’ ontwaart tussen door veel juristen en andere academici aangehangen beginselen en principes enerzijds en het rechtsgevoel van de meeste gewone burgers anderzijds. De aanwezigheid van die kloof zou zich vooral laten voelen in het bestuursrecht, dat al te zeer zou zijn vormgegeven door ‘juristen en filosofen’ als moderne architecten die op de werkelijke behoeften van de bewoners van hun creaties weinig acht slaan;<sup>143</sup> in dit verband spreekt Hertogh in latere publicaties wel van ‘rechtsvervreemding’.<sup>144</sup> In navolging van Hertogh veronderstelt Schueler dat juristen en andere academici vaak sterk de neiging hebben de waarborgfunctie van het recht te benadrukken en voor de bestuurlijk-pragmatische kanten van het recht weinig oog te hebben.<sup>145</sup> De burger zelf zou evenwel vaak eerder zitten te wachten op doelmatig en krachtadig bestuur, waarbij procedures niet tot onnodige vertraging en voor de burger onbegrijpelijke resultaten leiden.<sup>146</sup> Juist tot behoud van maatschappelijk draagvlak voor rechtsbescherming die ‘werkelijk nodig en zinvol’ is pleit Schueler voor enkele ‘voorzichtige maatregelen’ die de rechtsbescherming enigszins beperken.<sup>147</sup> Op die manier zou aan de kant van de burger ook de rechtszekerheid kunnen worden vergroot: bij een efficiënter bestuursprocesrecht, zo redeneert Schueler, weet de burger eerder wat zijn definitieve rechtspositie is en waarop hij dientengevolge mag rekenen.<sup>148</sup>

Een van die maatregelen die hij in dat verband voorstelt is de bestuursrechtelijke relativiteitseis. Van een absolute bestuursrechtelijke onrechtmatigheidsopvatting, zoals bijvoorbeeld bepleit door Dorhout, wil Schueler niets weten. De gedachte ‘dat juridische fouten van bestuursorganen, zeker als zij de inhoud van besluiten raken, zoveel mogelijk moeten worden hersteld [...], zelfs als niemand last van de fout heeft en ook als mensen, die er last van zouden kunnen hebben, zich daaroverheen hebben gezet’ berust volgens hem op ‘een overschatting van rechtsnormen’.<sup>149</sup> Als gevolg van de onstuitbare toename van wettelijke regels is dit probleem volgens hem in onze huidige rechtsorde groter dan ooit. Hij wijst daarbij onder andere op de steeds grotere invloed van het Europese recht, die eraan zou bijdragen dat regelgeving steeds complexer, ‘voor een deel ontoepasbaar’ of

141 Zie Wiggers-Rust 2011, p. 164-174 voor een uitgebreid overzicht en verdere verwijzingen. Vgl. ook Jurgens 2010, p. 82-89.

142 Schueler 2003, p. 17-20.

143 Hertogh 2002, p. 19.

144 Hertogh 2006, p. 12-13. Zie voor een enigszins verwant betoog o.a. WRR 2002, p. 23 e.v.

145 Schueler 2003, p. 15.

146 Schueler 2003, p. 25.

147 Schueler 2003, p. 36.

148 Schueler 2003, p. 6-7.

149 Schueler 2003, p. 9.

‘in haar toepassing onbegrijpelijk’ zal zijn. Het gevaar dat de explosie aan regels uitnodigt tot ‘overbodig, onzinnig, kleinzielig en oneigenlijk gebruik van rechtsbescherming’ zou levensgroot zijn.<sup>150</sup> Daarom is het volgens Schueler tijd dat de rechter in het bestuursprocesrecht voldoende wapens in handen krijgt om aan dergelijk oneigenlijk gebruik een halt toe te roepen. Een relativiteitseis zou daarbij een belangrijke functie kunnen vervullen. Anders dan Schreuder-Vlasblom, die al sinds 1994 pleit voor een relativiteitseis ‘aan de poort van de procedure’,<sup>151</sup> zoekt hij daarbij aansluiting bij de congruentieleer van Van Buuren en bepleit hij een stelsel waarin bezwaren tegen overschrijdingen van normen die niet tot het belang van de eiser strekken voor de rechterlijke beslissing geen grondslag mogen vormen.<sup>152</sup>

Een belangrijke tegenstander van de bestuursrechtelijke relativiteitseis is Jurgens. Haar kritiek behelst ten eerste dat de eis niet zal leiden tot de door het kabinet zo vurig gewenste snelheid en daadkracht, maar juist tot ingewikkelder procedures en daardoor tot aanzienlijke vertraging. Op grond van ingewikkelde privaatrechtelijke relativiteitsarresten als *Duwbak Linda* concludeert Jurgens dat het onderzoek naar de precieze strekking van een rechtsnorm voor de rechter een zeer complex en hachelijk karwei kan zijn.<sup>153</sup> Complex, omdat aan een dergelijke vaststelling uitgebreide wetshistorische en -systematische analyse vooraf zal moeten gaan; ook een sterke toename van het aantal prejudiciële vragen acht Jurgens niet uitgesloten. En hachelijk, omdat de rechter bij het strekkingsonderzoek hoe dan ook dient te bepalen hoe hij zich tot de wetgever verhoudt. Bij gewaagde teleologische interpretaties zou hij al snel de indruk wekken rechtspolitiek te bedrijven; een heteronome opstelling zou juist weer kunnen leiden tot het verwijt dat hij te weinig recht doet aan de bijzondere omstandigheden van het geval.<sup>154</sup> Doordat de rechter aldus met een uiterst moeilijke taak wordt opgezegdeld verwacht Jurgens dat de doorlooptijd van de beroepsprocedure eerder toe- dan af zal nemen.<sup>155</sup> Schuelers argument dat de bestuursrechtelijke relativiteitseis aan rechtszekerheid bijdraagt doordat de burger eerder weet waar hij aan toe is, gaat daarom volgens haar niet op. Integendeel: de eis van relativiteit zal volgens Jurgens aan de rechtszekerheid sterk afbreuk doen. Het privaatrecht leert volgens haar dat het strekkingonderzoek nu eenmaal notoir onvoorspelbaar is.<sup>156</sup>

Een tweede bezwaar van Jurgens is meer principieel van aard. Volgens haar zou invoering van een bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste voorbijgaan aan de coördinerende functie die wetten in de rechtsorde vervullen.<sup>157</sup> Daarbij verwijst zij onder andere naar *Amelandse benzinstations*, waarin de Afdeling op grond van analoog toegepast burgerlijk recht oordeelde over een verzoek tot schadevergoeding. De uitspraak betrof een zaak in het besluiten aansprakelijkheidsrecht, waarbij het burgerlijk recht analoog

150 Schueler 2003, p. 16.

151 Zie o.a. Schreuder-Vlasblom 1994, p. 52; Schreuder-Vlasblom 1999, p. 247.

152 Schueler 2003, p. 31.

153 Jurgens 2010, p. 143; vgl. Jurgens 2004, p. 9.

154 Jurgens 2010, p. 144.

155 Jurgens 2010, p. 146-147. Zie verder Marseille e.a. 2012, p. 582 e.v., die op basis van empirisch onderzoek ongeveer twee jaar na invoering van art. 1.9 Chw aannemelijk maken dat de bestuursrechtelijke relativiteitseis voor de duur van de procedure vrijwel niets uitmaakt.

156 Jurgens 2010, p. 87.

157 Jurgens 2010, p. 88; zie meer in het bijzonder ook Jurgens 2006, p. 85-86.

wordt toegepast. Daarbij boog de Afdeling zich over een verzoek tot vergoeding van de schade die Nagtegaal als Amelandse pomphouder leed wegens een aan een concurrent verleende vergunning voor het oprichten van een naburig pompstation, terwijl het bestemmingsplan expliciete bepalingen bevatte die daartoe in de weg stonden. Nagtegaals verzoek om schadevergoeding werd door de Afdeling gehonoreerd. Daarbij redeneerde de Afdeling dat '[e]en bestemmingsplan wordt vastgesteld ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening', zodat het op het eerste gezicht niet strekt tot het individuele vermogensrechtelijke belang van Nagtegaal. Zolang het geldt biedt het bestemmingsplan evenwel ook 'rechtszekerheid aan belanghebbenden [...], die hun handelen waar van belang op dat bestemmingsplan zullen afstemmen.' In de veronderstelling dat hij Amelands enige pomphouder zou blijven, had Nagtegaal fors geïnvesteerd in uitbreiding van zijn bedrijf. Omdat hij zijn bedrijfsvoering aldus op het bestemmingsplan heeft afgestemd, valt het aangevallen besluit volgens de Afdeling te beschouwen als een 'onrechtmatige inbreuk' op de aan het plan ontleende verwachtingen van Nagtegaal. 'Het bestemmingsplan', zo redeneert de Afdeling, strekt er mede toe 'rechtszekerheid te verschaffen' en beschermt daarom 'mede tegen schade die wordt veroorzaakt door een onrechtmatige inbreuk daarop'.<sup>158</sup>

De redenering van Jurgens is vergelijkbaar. Volgens haar zou invoering van een bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste voorbijgaan aan de 'betekenis die wettelijke voorschriften in de maatschappelijke werkelijkheid krijgen doordat burgers daaraan verwachtingen gaan ontlelen en hun gedrag daarop gaan afstemmen'.<sup>159</sup> Evenals Langemeijer in zijn conclusie in *Tandartsen* kiest Jurgens op die manier een interessante middenpositie tussen *Begriffs-* en *Interessenjurisprudenz*. Enerzijds meent Jurgens, anders dan radicale wetsrelatieveerders als P.H. Smits, dat aan wettelijke normen een belangrijke zelfstandige waarde moet worden toegekend. Anderzijds betoogt Jurgens ook weer niet dat de vernietigbaarheid van een besluit met de onwettigheid ervan reeds is gegeven. Haar uitgangspunt is veeleer dat een eigen waarde moet worden gehecht aan de gerechtvaardigde verwachtingen die uit wettelijke normen voortvloeien. In de analyse van Jurgens is de schending van een wettelijke norm die niet beoogt de belangen een derde te beschermen een belangrijke aanwijzing dat jegens deze derde het rechtszekerheidsbeginsel is geschonden. In het privaatrechtelijke onrechtmatigedaadsrecht is dit natuurlijk niet anders. Hoewel ze zich er niet specifiek over uit laat, lijkt Jurgens te suggereren dat de burger van bestuursbesluiten beduidend meer mag verwachten. Hoewel zij het zelf ontkent<sup>160</sup> lijkt haar argument in die zin verwant aan dat van Dorhout, die betoogde dat de rechtsstaat vereist dat belanghebbende burgers in beginsel altijd met succes zouden moeten kunnen opkomen tegen een onrechtmatig overheidsbesluit.<sup>161</sup> Jurgens lijkt een soortgelijke nadruk te leggen op de waarborgzijde van het recht wanneer zij zich hardop afvraagt

158 ABRvS 24 december 2008, AB 2009/213, m.nt. B.P.M. van Ravels en A.M.L. Jansen (*Amelandse benzinestations*), r.o. 2.3.1.

159 Jurgens 2010, p. 88; zie meer in het bijzonder ook Jurgens 2006, p. 85-86.

160 Jurgens 2010, p. 88.

161 Dorhout 1985, p. 40.



of het rechtszekerheidsargument in het bestuursrecht niet ‘nagenoeg altijd kan worden gehanteerd, zodat per saldo elke betekenis aan de relativiteitseis wordt ontnomen’.<sup>162</sup>

## 12. BRUMMEN

Hoe komen deze inzichten nu tot uiting in de bestuursrechtspraak over het relativiteitsvereiste? Laat de bestuursrechtelijke relativiteitseis zich met een zekere evidentie toepassen, zoals voorzien door de wetgever? Of kan ook de kennelijkheidseis niet voorkomen dat de rechter zich met de relativiteitstoets duidelijk op zeer complex en hachelijk terrein begeeft, zoals onder meer voorspeld door Jurgens? Onder het regime van de Chw werd het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste voor het eerst toegepast in een geruchtmakende uitspraak van 19 januari 2011, waarin de Afdeling zich boog over een door de gemeenteraad van Brummen vastgesteld bestemmingsplan waarin was voorzien in de nieuwe woonwijk ‘Elzenbos’<sup>163</sup> In beroep werd de rechtmatigheid van dit plan bestreden door een omwonende, die als gevolg van de nieuwe woonwijk zijn vrije uitzicht over de weilanden dreigde te verliezen. Daarbij voerde de appellant aan dat de gemeente bij de vaststelling van het bestemmingsplan ten onrechte geen rekening had gehouden met normen voor de afstand tussen de nieuwe woonwijk en een nabijgelegen vestiging van het bedrijf Cray Valley, dat producten bewerkt en fabriceert voor de agrarische markt. Deze normen werden ontleend aan een brochure van de VNG, waarin tussen woonwijken en bedrijven als Cray Valley een minimale afstand wordt aangeraden van 200 meter; de werkelijke afstand tussen de fabriek en de nieuw te bouwen wijk bedroeg 185 meter.

Uit de uitspraak komt duidelijk naar voren dat de Afdeling deze zaak aangrijpt om inzake de bestuursrechtelijke relativiteitsleer enkele lijnen uit te zetten. Daarbij buigt zij zich eerst uitvoerig over de abstracte rechtmatigheid van het bestreden besluit. De door de VNG vastgestelde normen, zo redeneert de Afdeling, berusten op inzichten van deskundigen en zijn derhalve indicatief ‘voor de bepaling van hetgeen een goede ruimtelijke ordening vereist’. Dat betekent in haar ogen dat de gemeenteraad er alleen van kan afwijken wanneer hij dit op deugdelijke wijze motiveert. Omdat de raad dit niet heeft gedaan, is het bestemmingsplan naar het oordeel van de Afdeling ‘niet met de vereiste zorgvuldigheid’ vastgesteld; derhalve is het op zichzelf onrechtmatig op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb. Pas na die overweging ten gronde toetst de Afdeling het argument van de tegen de komst van woonwijk opkomende burger aan het relativiteitsvereiste van artikel 1.9 Chw. Daarbij komt naar voren dat de Afdeling dit vereiste vanuit het perspectief van de rechtzoekende betrekkelijk soepel hanteert. Zonder zich te beroepen op allerlei ingewikkelde wetshistorische argumenten concludeert de Afdeling korthedshalve dat de relativiteitseis er niet aan in de weg staat dat belanghebbenden zich op de norm van een goede ruimtelijke ordening zoals bedoeld in artikel 3.1 lid 1 Wro beroepen ‘ten einde een vernietiging van het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan te bewerkstelligen voor zover die norm betrekking of mede

<sup>162</sup> Jurgens 2010, p. 139.

<sup>163</sup> ABRvS 19 januari 2011, AB 2011/47, m.nt. A.A.J. de Gier (*Brummen*).

betrekking heeft op hun eigen belangen.<sup>164</sup> Met andere woorden: de ingeroepen norm strekt niet alleen tot bescherming van een abstract of algemeen abstracte belang, maar heeft daarnaast ook betrekking op meer concrete belangen van individuen. Binnen de logica van het gefaseerde toetsingsmodel van Lankhorst kan op die manier worden vastgesteld dat de prealabele vraag naar het globale beschermingsdoel (*Schutzzweck*) van artikel 3.1 lid 1 Wro in *Brummen* verrassend weinig problemen oplevert.

In haar uitspraak laat de Afdeling zich vervolgens uit over wat Lankhorst de *Schutzumfang* zou noemen. Hierbij benadrukt de Afdeling dat de norm van een goede ruimtelijke ordening volgens de Wro niet alleen strekt tot een ordentelijke inrichting van het plangebied zelf, maar ook tot de bescherming van zowel immateriële als materiële belangen van omwonende belanghebbenden. Op zichzelf toont de Afdeling zich daarmee bereid ook het beschermingsbereik van die norm ruim te interpreteren. In het concrete geval staat de eis van een voldoende beschermingsbereik aantasting van het bestreden Brummense bestemmingsplan echter toch in de weg. Daarbij overweegt de Afdeling dat de ter nadere invulling van het open en abstracte begrip van een ‘goede ruimtelijke ordening’ ingeroepen afstandsnorm in de eerste plaats strekt tot bescherming van de belangen van de toekomstige bewoners van de nieuw te bouwen woonwijk. Daarnaast heeft de norm volgens de Afdeling betrekking op de belangen van Cray Valley, dat door de realisering van de woonwijk beperkt zou kunnen worden in zijn bedrijfsactiviteiten en in mogelijke uitbreidingsplannen.<sup>165</sup> De afstandsnorm strekt naar het oordeel van de Afdeling echter niet tot de bescherming van de belangen van de rechtzoekende. Daartoe overweegt zij onder andere dat het er ‘voor de appellant en anderen [om] gaat dat zij gevrijwaard blijven van de aantasting van hun uitzicht en meer in het algemeen om het belang van het behoud van hun woonomgeving’. De in het geding zijnde afstandsnorm heeft niet de strekking die belangen te beschermen, zodat het relativiteitsvereiste van artikel 1.9 Chw volgens de Afdeling aan vernietiging van het bestreden besluit in de weg staat.<sup>166</sup> Daarbij maakt de Afdeling duidelijk dat de gronden in rechterlijk beroep in het verlengde moeten liggen van de ‘daadwerkelijke (of: achterliggende) reden om een besluit in rechte aan te vechten’.<sup>167</sup>

In hun annotatie onder de uitspraak in *AB* vergelijken De Gier en De Waard de Brummense zaak met de beruchte kwestie rondom het woonwagenkamp en het zwembad, waarnaar in de parlementaire geschiedenis vaak wordt verwezen en die daarin vaak enigszins vervormd wordt weergegeven.<sup>168</sup> De Brummense zaak betreft volgens de annotatoren een vergelijkbaar geval. Evenmin als de omwonenden in het voorbeeld van het woonwagenkamp beriepen de appellanten in de Brummense zaak zich immers op een concretiserende planologische norm die een belang beschermt ten opzichte waarvan hun daadwerkelijke belang *parallel* loopt. Integendeel: zowel in *Brummen* als in *Woonwagenkamp* kan het belang van de appellanten ten opzichte van het

164 ABRvS 19 januari 2011, *AB* 2011/47, m.nt. A.A.J. de Gier (*Brummen*), r.o. 2.4.3. Zie verder o.a. Nijmeijer e.a. 2015, p. 34-35.

165 Vgl. o.a. Schueler 2011a, §2; Jurgens 2011, §3, onder verwijzing naar ABRvS 16 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP7776 en ABRvS 1 juni 2011, ECLI:NL:RVS:BQ6838.

166 ABRvS 19 januari 2011, *AB* 2011/47, m.nt. A.A.J. de Gier (*Brummen*), r.o. 2.4.4.

167 ABRvS 19 januari 2011, *AB* 2011/47, m.nt. A.A.J. de Gier (*Brummen*), r.o. 2.4.3; vgl. *Kamerstukken II* 2009/10, 32127, 3, p. 49-51.

168 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2009/10, 32127, 3, p. 49, waar plotseling sprake is van een ‘zwembad of spoorlijn’.

beschermingsbereik van de ingeroepen norm als *contrair* worden beschouwd.<sup>169</sup> In een artikel in *NTB* stelt Jurgens dan ook terecht dat de Afdeling in *Brummen* precies tot het resultaat komt dat door de wetgever bij de totstandkoming van de Chw werd beoogd.<sup>170</sup> Schueler stemt hiermee in en spreekt van een ‘eenvoudige en heldere redenering’.<sup>171</sup> Desalniettemin laat *Brummen* nog voldoende vragen onbeantwoord. Zo ziet de Afdeling in de overschrijding van de aan de VNG-brochure ontleende afstandsnorm een belangrijke zelfstandige indicatie voor onrechtmatigheid van het bestreden besluit; zij redeneert immers dat de gemeenteraad het zorgvuldigheidsbeginsel heeft geschonden door een afwijking van die norm niet duidelijk te motiveren. In *Brummen* ging de Afdeling echter niet zo ver om aan die buitenwettelijke norm een coördinerende functie toe te schrijven, in die zin dat de appellanten aan die norm bepaalde verwachtingen mochten ontleen waarop het bestemmingsplan mogelijk inbreuk heeft gemaakt. Daarmee werpt de vraag zich op of de Afdeling zich van de gedragssturende en coördinerende rol die normen in het rechtsleven vaak vervullen überhaupt rekenschap wenst te geven.<sup>172</sup>

### 13. VERWEVENHEID

Een andere vraag waartoe de Brummense zaak aanleiding geeft hangt samen met de verhouding tussen particuliere en algemene belangen. Uit *Brummen* komt naar voren dat de abstracte norm van een ‘goede ruimtelijke ordening’ zonder al te veel problemen niet alleen wordt betrokken op het algemeen belang, maar ook op de belangen van afzonderlijke rechtssubjecten. Tussen algemene en bijzondere belangen is dan wel een zekere congruentie vereist. De vraag is voornamelijk waaruit deze precies bestaat. Enerzijds kan worden geredeneerd dat het algemene belang in feite bestaat uit de optelsom van individuele belangen, zodat van het algemeen belang steeds talloos veel afzonderlijke deelbelangen kunnen worden afgeleid. Bij een goede ruimtelijke ordening of een verantwoord milieubeleid is uiteindelijk iedereen gebaat; in die zin zou kunnen worden betoogd dat rechtsnormen die strekken tot de bescherming van het algemeen belang steeds ook betrekking hebben op de belangen van elk afzonderlijk rechtssubject.<sup>173</sup> In *Brummen* lijkt de Afdeling die redenering als haar uitgangspunt te nemen, zij het dat niet *alle* door het bestreden bestemmingsplan geraakte individuele belangen onder de strekking van de ingeroepen norm worden geschaard. Anderzijds is de opvatting mogelijk dat algemene en bijzondere belangen naar hun aard verschillen. Dat laatste lijkt veeleer de opvatting te zijn van de Hoge Raad in *Duwbak Linda*, waarin immers wordt betoogd dat de wettelijke norm in kwestie slechts een algemeen beschermingsdoel heeft en daarmee niet strekt tot de bescherming van de belangen van individuele rechtssubjecten.

In de bestuursrechtelijke relativiteitsjurisprudentie heeft de verhouding tussen algemene en bijzondere belangen zich inmiddels verder uitgekristalliseerd. Enkele maanden na *Brummen* boog de Afdeling zich in *Tuibrug* over een zaak waarin een

169 Zie voor het concept van contraire belangen o.a. De Poorter 2004, p. 15 e.v.

170 Jurgens 2011, p. 202 e.v.

171 Schueler 2011a, onder 2.

172 Jurgens 2011, onder 3.

173 Vgl. o.a. Nijmeijer 2014, p. 230.

rechtzoekende opkwam tegen een planbesluit waarin was voorzien in de nieuwe woningbouwlocatie ‘Tuibrug’ in de Hoornse wijk Kersenboogerd.<sup>174</sup> Daarbij beriep hij zich onder andere op artikel 19 Natuurbeschermingswet 1998, op grond waarvan het Natura 2000-gebied Markermeer en IJmeer bijzondere bescherming geniet. Het bestemmingsplan werd door de Afdeling inderdaad met artikel 19 Nbw 1998 in strijd geacht. Nu was alleen nog de vraag, of de relativiteitseis van artikel 1.9 Chw kon worden gepasseerd; in dat geval zouden de algemene normen van de wet mede betrekking moeten hebben op het daadwerkelijke belang van de appellant. De Afdeling overwoog hiertoe dat de appellant ‘in de directe nabijheid van het Natura 2000-gebied’ woont. Hoewel de bepalingen van de Nbw 1998 volgens de Afdeling ‘met name ten doel [hebben] om het algemene belang van bescherming van natuur en landschap te beschermen’, meent zij daarom dat het algemene doel van de ingeroepen norm de vernietiging van het bestreden besluit niet in de weg staat. Daarbij merkt de Afdeling op dat de individuele belangen van de appellant ‘bij het behoud van een goede kwaliteit van [zijn] leefomgeving [...] in dit geval zo verweven [zijn] met de algemene belangen die de Nbw 1998 beoogt te beschermen, dat niet kan worden geoordeeld dat de betrokken normen van de Nbw 1998 kennelijk niet strekken tot bescherming van hun belangen’.<sup>175</sup>

Aan de redeneerwijze van de Afdeling in *Tuibrug* kleven verschillende interessante aspecten. Ten eerste valt op hoe de Afdeling de kennelijkheidstoets hanteert: het voordeel van de twijfel ligt nadrukkelijk bij de eiser. De dubbele negatie (‘niet kan worden geoordeeld dat de betrokken normen [...] kennelijk niet strekken tot *etc.*’) maakt duidelijk dat anders dan in een arrest als *Duwbak Linda* niet het *bestaan* van relativiteit, maar het *ontbreken* ervan in rechte moet worden aangetoond. Ten tweede valt op dat de Afdeling een term als *deelbelang* vermijdt. In plaats daarvan verkiest de Afdeling te spreken van verwevenheid: in verband met de woonplaats van de appellant nabij het Natura 2000-gebied is zijn belang zozeer met het algemene door de Nbw 1998 beschermde algemene belang vervlochten dat deze wet volgens de Afdeling ook het belang van de appellant beschermt. Schueler concludeert dat de uitspraak van de Afdeling in deze zaak berust op het feit dat de belangen van de appellant en het door de ingeroepen norm primair beschermde algemene belang *parallel* lopen.<sup>176</sup> Ontegenzeggelijk heeft de beslissing van de Afdeling daar inderdaad mee te maken; in *Brummen* kwam de Afdeling immers tot het oordeel dat een rechtzoekende zich alleen rechtsgeldig kan beroepen op normen die strekken tot de bescherming van belangen die niet *contrair* zijn aan die van hemzelf. De parallellie tussen het algemene natuurbeschermingsbelang van de Nbw 1998 enerzijds en de individuele belangen van de rechtzoekende anderzijds kan de relativiteitsbeslissing van de Afdeling evenwel niet geheel verklaren. *Verwevenheid* en *parallelliteit* zijn immers geen onderling uitwisselbare begrippen. Wanneer de *verwevenheid* van het belang van de appellant met het natuurbeschermingsbelang bijvoorbeeld minder groot zou zijn doordat hij aan de andere kant van het land woonachtig is, doet dat aan de *parallelliteit* van zijn individuele belang ten opzichte van het algemene belang op zichzelf niet af. Met *verwevenheid* ligt

174 ABRvS 13 juli 2011, *TBR* 2011/152 (*Tuibrug*).

175 ABRvS 13 juli 2011, *TBR* 2011/152 (*Tuibrug*), r.o. 2.7.9.

176 Schueler 2011a, §4.1.

dat anders; belangen van individuen die in de ‘directe nabijheid’ van een beschermd natuurgebied wonen zijn blijkens de jurisprudentie van de Afdeling meer ‘verweven’ met het algemene belang van de bescherming van dat gebied dan die van anderen.

Het criterium van verwevenheid brengt ontegenzegglijk een zekere vaagheid met zich mee. Uit de rechtspraak is inmiddels duidelijk dat het afhangt van verschillende variabelen. In het omgevingsrecht hangt verwevenheid bijvoorbeeld samen met de vraag hoe ingrijpend het bestreden besluit is. Gaat het bijvoorbeeld om de bouw van een kolossaal windmolenpark of een enorme woonwijk, of slechts om een vergunning voor een enkele molen of een paar huizen? Dat verklaart waarom er voor het begrip ‘directe nabijheid’ geen absolute normen kunnen worden vastgesteld. In de rechtspraak staat in enkele gevallen een afstand van 340 meter tot een Natura 2000-gebied het succesvol inroepen van de Natuurbeschermingswet niet in de weg, terwijl afstanden van 800, 3800 en 5000 meter daartoe wel een belemmering vormen. Van een bepaalde afstand als een vast ijkpunt is vooralsnog evenwel geen sprake; het valt dan ook niet uit te sluiten dat in volgende zaken ‘bij een afstand van 300 meter geen sprake is van onmiddellijke nabijheid en bij een afstand van 900 meter wel’.<sup>177</sup> Fraaie illustraties van deze problematiek kunnen ook worden gegeven aan de hand van de jurisprudentie over de Flora- en faunawet (Ffw). Naar vaste jurisprudentie meent de Afdeling dat ‘niet in alle gevallen uitgesloten hoeft te worden geacht’ dat de Ffw behalve tot de bescherming van diersoorten ook strekt tot de belangen van omwonenden. Omdat de appellanten ‘in de directe nabijheid van het plangebied wonen’ meent de Afdeling in een zaak uit 2014 dat hun belangen ‘dermate verweven’ zijn met de algemene belangen die de Ffw beoogt te beschermen ‘dat niet kan worden geoordeeld dat de door hen ingeroepen normen kennelijk niet strekken tot de bescherming van hun belangen’. Enkele maanden eerder was die redenering nog anders uitgevallen en overwoog de Afdeling juist dat de individuele belangen van enkele burgers die opkomen tegen een windmolenpark niet onder het beschermingsbereik van de Ffw vallen omdat zij ‘op geruime afstand’ van het plangebied woonachtig zijn. Wat de Afdeling daaronder precies verstaat blijft in het ongewisse.<sup>178</sup>

#### 14. CORRECTIE-WIDDERSHOVEN

In het ‘dynamische’ karakter van de door de Afdeling gehanteerde maatstaf van ‘verwevenheid’ komt duidelijk naar voren dat de toepassing van de relativiteitseis steeds afhankelijk is van concrete factoren binnen concrete verhoudingen die zich slecht laten formaliseren. Natuurlijk is het mogelijk in milieuzaken een eenduidig afstandscriterium te formuleren en daar vervolgens categorisch aan vast te houden. Een dergelijke gang van zaken zou de essentie van de relativiteitseis als op het specifieke geval toegesneden en daarmee bij uitstek ‘relationeel’ instrument echter om zeep helpen. In dat geval zou immers in feite een nieuwe ‘absolute norm’ worden geschapen en blijft er van de relativisering van normen in het licht van specifieke omstandigheden niets over. Relativiteit en een zekere

<sup>177</sup> Swagemakers 2015, p. 11; zie ook Nijmeijer 2014, p. 230-232.

<sup>178</sup> ABRvS 21 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1817; ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3663. Zie ook Nijmeijer 2014, p. 231 e.v., waar Nijmeijer ook ingaat op de problemen rondom ‘verwevenheid’ inzake normen die strekken tot het behoud van monumenten en archeologische waarden.

mate van rechtsonzekerheid zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. Ook in de figuur van de ‘correctie-Widdershoven’ komt dat tot uitdrukking. Van een generiek te hanteren beginsel van rechtszekerheid als grondslag voor die correctie, zoals met enig voorbehoud gesuggereerd door Jurgens, kan geen sprake zijn; in dat geval zou het relativiteitsvereiste immers geheel van zijn betekenis worden ontdaan. ‘Ieder wettelijk voorschrift’, merkt de wetgever in dit verband op, ‘beoogt per definitie mede de rechtszekerheid te dienen’, zodat algemene toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel het relativiteitsvereiste in feite teniet zou doen.<sup>179</sup> Een ‘autonoom’ recht om gevrijwaard te blijven van ‘onvolkomen besluiten’ is met de ‘relationele’ idee van relativiteit onverenigbaar. Dat betekent niet dat het beginsel van rechtszekerheid ter correctie op de relativiteitseis geen rol kan spelen, maar wel dat steeds van geval tot geval moet worden onderzocht hoe een beroep op rechtszekerheid dient te worden gewaardeerd.<sup>180</sup>

De uitspraak van de Raad van State inzake de Amelandse benzinstations uit 2008 is in deze discussie een enigszins eigen leven gaan leiden. De wetgever zag in de uitspraak een algemene rechtszekerheidscorrectie die de relativiteitseis geheel ecarteert.<sup>181</sup> Ook Widdershoven leest de uitspraak als een generieke toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel die met de essentie van de relativiteitsleer onverenigbaar is.<sup>182</sup> In werkelijkheid lijkt het er echter op dat de Afdeling een meer op het specifieke geval toegesneden oordeel velt. Zo overweegt de Afdeling nadrukkelijk dat het *in casu* aannemelijk is dat de benadeelde pomphouder *werkelijk* op de juiste toepassing van de wet door de gemeenteraad heeft vertrouwd en zijn bedrijfsvoering daar ook concreet op heeft afgestemd, zodat hij ook *werkelijk* bedrogen uitkwam toen zijn gerechtvaardigde vertrouwen onterecht bleek.<sup>183</sup> Van een algemene rechtszekerheidscorrectie lijkt dus geen sprake. Eerder lijkt de uitspraak van de Afdeling te berusten op een redenering die verwant is aan het vertrouwensbeginsel, dat bepaalt dat de overheid door haar gewekt vertrouwen aan de kant van de burger in beginsel dient te honoreren. Aldus is het vertrouwensbeginsel bij uitstek een ‘relationeel’ beginsel waarvan het gewicht sterk afhankelijk is van concrete omstandigheden binnen concrete verhoudingen. De ‘correctie-Widdershoven’ sluit er nauw bij aan. Naar Widdershoven stelt komt aan het vertrouwensbeginsel een betekenis toe die losstaat van de eventuele schending van een materiële norm. Voor daadwerkelijke honorering is onder meer wel vereist dat de rechtzoekende op grond van het voorschrift concrete verwachtingen heeft gekoesterd en zijn handelen daar ook concreet op heeft afgestemd. De bewijslast of adstructieplicht voor het voldoende aannemelijk maken

179 *Kamerstukken II* 2009/2010, 32450, 3, p. 54; vgl. ook Verburg 2011, p. 16; C.L.G.F.H. Albers, noot bij ABRvS 24 december 2008, *JB* 2009/42 (*Amelandse benzinstations*), punt 7; Van Ettehoven & Schueler 2007, p. 248-250.

180 Vgl. o.a. Van Ettehoven & Schueler 2007, p. 249-250.

181 *Kamerstukken II* 2009/2010, 32450, 3, p. 54.

182 Conclusie A-G Widdershoven van 2 december 2015, ECLI:RVS:2015:3680, punt 4.2.

183 ABRvS 24 december 2008, *AB* 2009/213, m.nt. B.P.M. van Ravels en A.M.L. Jansen (*Amelandse benzinstations*), r.o. 2.3.1: ‘Aannemelijk is dat Nagtegaal zijn bedrijfsvoering mede op het bestemmingsplan heeft afgestemd. Het college heeft inbreuk op die rechtszekerheid gemaakt door onrechtmatig aan een derde bouwvergunning te verlenen en heeft aldus een praktisch niet meer voor wijziging vatbare situatie in het leven geroepen.’



daarvan ligt geheel bij degene die het vertrouwensbeginsel ter correctie op de relativiteitseis inroept.<sup>184</sup>

Ook in het gelijkheidsbeginsel ziet Widdershoven ruimte voor correctie op de eis van relativiteit. Ook in dat beginsel ziet Widdershoven ten opzichte van de eventueel geschonden rechtsregel een zelfstandige norm met een eigen beschermingsomvang; ter correctie van de relativiteitseis kan het eventueel van toepassing zijn in zaken die betrekking hebben op verhoudingen tussen concurrerende bedrijven en andere instellingen. Voor een succesvol beroep is onder meer vereist dat de rechtzoekende voldoende aannemelijk maakt dat hij concreet nadeel ondervindt doordat hem verplichtingen zijn opgelegd waarvan een concurrent in een vergelijkbare positie is ontheven. Van geval tot geval zal moeten worden bekeken welk gewicht dat argument in de schaal legt. Of gevallen onderling voor toepassing van de correctie ‘voldoende gelijk’ zijn valt naar abstracte maatstaven niet of nauwelijks te bepalen en dient steeds onderzocht te worden in het licht van concrete verhoudingen en omstandigheden. Niet anders dan bij de gebruikelijke toepassing van het gelijkheidsbeginsel ligt de lat daarbij vrij hoog.<sup>185</sup> In de zaak tussen Praxis en de Zwolse gemeenteraad die tot Widdershovens conclusie aanleiding gaf lijkt het er bijvoorbeeld niet op dat Praxis van de op haar drukkende wettelijke voorschriften dusdanig nadeel lijdt dat ten opzichte van Hornbach gesproken kan worden van oneerlijke concurrentie. Evenmin lijkt aannemelijk dat zij aan de beweerdelijk geschonden voorschriften concrete verwachtingen heeft ontleend en daarop haar concrete handelen heeft afgestemd. Van een algemene correctie op de relativiteitseis op grond van algemene toepassing van het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel, zoals geclaimd door Praxis, kan geen sprake zijn. Naar de Afdeling op advies van Widdershoven aanneemt is de ‘de schending van [een wettelijke] norm een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde voor toepassing van de correctie’, omdat steeds *in concreto* dient te worden onderzocht of aan de vereisten is voldaan die voor beide beginselen gelden.<sup>186</sup> Wie daartoe ‘autonome’ maatstaven introduceert creëert in feite een nieuwe abstracte norm en ondergraaft zo de waarde van de relativiteitseis als ‘relationeel’ billijkheidsinstrument.

## 15. CONCLUSIE

Hoewel sommigen al in vroeg in de twintigste eeuw een vorm van bestuursrechtelijke relativiteit bepleitten, was voor een relativiteitsvereiste in het overwegend objectieve Nederlandse stelsel aanvankelijk geen plaats. Vanaf de jaren zeventig staat het Nederlandse bestuursrecht echter in het teken van een steeds toenemende subjectivering. De recente invoering van de bestuursrechtelijke relativiteitseis in de vorm van artikel 1.9 Chw en artikel 8:69a Awb past goed in deze tendens, die met zich meebrengt dat de aandacht in het bestuursrecht steeds meer verschuift van objectieve handhaving van het recht *in abstracto* naar de behartiging van concrete belangen van individuele burgers. Daarmee volgt het bestuursrecht een ontwikkeling die ruim tachtig jaar eerder haar beslag kreeg

184 Conclusie A-G Widdershoven van 2 december 2015, ECLI:RVS:2015:3680, punt 4.10.

185 Conclusie A-G Widdershoven van 2 december 2015, ECLI:RVS:2015:3680, punt 4.11 en 4.12.

186 ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, r.o. 18; Conclusie A-G Widdershoven van 2 december 2015, ECLI:RVS:2015:3680, punt 4.6.



in het privaatrecht, waarin de idee van relativiteit gestalte kreeg in een serie arresten in de late jaren twintig en vroege jaren dertig. In bepaalde opzichten doet de subjectivering van het publiekrecht die voor de huidige tijd kenmerkend is sterk denken aan de vermaatschappelijking die het privaatrecht in het interbellum doormaakte. Aan de klassieke privaatrechtelijke discussie over de relativiteitsleer tussen de grote privatisten uit die tijd lag een fundamenteel rechtsfilosofisch verschil van inzicht ten grondslag. Waar sommigen Jhering volgden in zijn radicale *Interessenjurisprudenz*, die uitgaat van het recht als niets anders dan de uitkomst van een maatschappelijke strijd tussen conflicterende *belangen*, wezen anderen juist op de zelfstandige, van die belangen juist geabstraheerde juridische waarde die door geschreven en ongeschreven *normen* zou worden vertegenwoordigd.

Het befaamde *Lindenbaum/Cohen* is van de vermaatschappelijking van het privaatrecht een duidelijk voorbeeld. Waar onrechtmatigheid voorheen slechts gold als een absolute categorie, werd voortaan de idee omarmd dat zij vooral ook schuilt in onzorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer. Het oude uitgangspunt van de *Begriffsjurisprudenz*, dat kortweg behelst dat het recht op deductieve wijze kan worden afgeleid uit een vast aantal juridische regels, werd vervangen door de opvatting dat het recht primair dient te worden gevonden binnen de context van maatschappelijke verhoudingen. Waar voorheen werd uitgegaan van de gedachte dat individuen als autonome wezens slechts gehouden kunnen worden aan de wettelijke normen die zij zichzelf hebben opgelegd, gold voortaan het intersubjectieve uitgangspunt dat individuele rechtssubjecten daarnaast gebonden zijn aan ongeschreven verplichtingen die voortvloeien uit hun concrete verhoudingen tot anderen. Veel auteurs, onder wie bijvoorbeeld Lankhorst en Van Maanen, menen dat de privaatrechtelijke relativiteitsleer voortkomt uit de vrees voor de ongebreidelde groei van aansprakelijkheid die de intersubjectieve zorgvuldigheidsnorm van *Lindenbaum/Cohen* met zich zou brengen. Zorgvuldige analyse van de jurisprudentie laat evenwel zien dat die opvatting voor de opkomst van de privaatrechtelijke relativiteitsleer geen afdoende verklaring biedt. Ter indamming van aansprakelijkheid had de Hoge Raad immers even goed voor een andere methode kunnen kiezen; de meest voor de hand liggende concurrent van de relativiteitsleer was in dit verband de leer van Demogue-Besier, die een aanscherping van het vereiste van een causaal verband tussen de schade en het onrechtmatig handelen behelst. Dat de Raad uiteindelijk voor de relativiteitsleer koos, dient dan ook niet gezien te worden als een correctie op *Lindenbaum/Cohen*, maar juist als een bevestiging van de relationele idee dat de recht- of onrechtmatigheid van een bepaalde handeling niet *in abstracto*, maar binnen de concrete context van verhouding tot anderen moet worden gezien.

Aanvankelijk koos men dan ook voor een variant van relativiteit die niet zozeer gericht was op indamming van aansprakelijkheid, maar op het wegnemen van de ‘uitwassen’ van een stelsel waarbij de een op oneigenlijke wijze zou kunnen profiteren van een door een ander begane onrechtmatigheid. Binnen de relativiteitsleer ‘oude stijl’ werd dan ook standaard uitgegaan van een ‘vermoeden van relativiteit’ dat slechts kan worden gepasseerd wanneer het op overtuigende wijze wordt weerlegd. Bovendien werd in *Tandartsen* de correctie-Langemeijer aanvaard, die het relatieve karakter van onrechtmatigheid onderschrijft maar tegelijkertijd onderkent dat rechtsnormen in het maatschappelijk verkeer veelal een coördinerende functie vervullen die rechtvaardigt dat de overtreding ervan als zelfstandige

factor meeweegt bij de beantwoording van de vraag of het zorgvuldigheidsbeginsel is geschonden. Op die manier vertegenwoordigt de correctie Langemeijer een mooi ‘midden’ tussen de uitersten van *Begriffs-* en *Interessenjurisprudenz* dat bovendien mooi illustreert hoe die uitersten voortdurend interacteren en uiteindelijk niet zonder elkaar kunnen. In de relativiteitsleer ‘nieuwe stijl’, die in een serie arresten vanaf *Duwbak Linda* beslag kreeg, lijkt de idee van de correctie-Langemeijer goeddeels verlaten. Daarnaast geldt niet langer een vanzelfsprekend vermoeden van relativiteit dat slechts kan worden veronachtzaamd wanneer er goede redenen voor zijn. Eerder geldt in de nieuwe relativiteitsleer het tegenovergestelde en neemt men pas relativiteit aan wanneer daar positieve aanwijzingen voor zijn. Veel meer dan voorheen is de privaatrechtelijke relativiteitsleer daarmee in het teken komen te staan van indamming van aansprakelijkheid: een functie waarmee de relativiteitsleer vaak in verband is gebracht, maar die de leer oorspronkelijk niet in de eerste plaats vervulde.

Wellicht mede geïnspireerd door de wedergeboorte van de relativiteitsleer in het privaatrecht groeide in het eerste decennium van de huidige eeuw de gedachte dat een relativiteitseis ook in het bestuursrecht een nuttige functie zou kunnen vervullen. De idee van een gerelativeerd bestuursrecht is niet nieuw; reeds in 1908 lanceerde Scheltema een betrekkingleer die inhield dat een bestuursrechtelijke actie alleen zou moeten toekomen aan degenen op wier belang een in het geding zijnde rechtsregel betrekking heeft. De subjectieve procesvorm die Scheltema voor ogen had, schoot in het Nederlandse stelsel van bestuursrechtspraak echter lange tijd geen wortel. Anders dan in het privaatrecht bleef men in het bestuursrecht liever vasthouden aan het klassiek-rechtsstatelijk ideaal dat een belanghebbende burger nooit de gevolgen van onrechtmatige besluiten zou hoeven dulden. Pas vanaf de late jaren zeventig werd dit ideaal zo nu en dan in twijfel getrokken; daarbij kan onder andere worden gewezen op de congruentieleer van Van Buuren, die een sterk aan relativiteit verwante regeling voorstelde volgens welke een belanghebbende zich niet rechtsgeldig kan beroepen op argumenten die in het geheel niet passen bij de aard van zijn belang en daarom ten opzichte van dat belang als incongruent kunnen worden beschouwd. Van Buurens ideeën dienden specifiek de bestrijding van de onbillijke ‘uitwassen’ waarin het objectieve stelsel volgens hem soms resulteerde; met rechtseconomische of andersoortige primair op utiliteit gerichte overwegingen had zijn leer niets te maken.

Van Buurens congruentieleer kwam in de bestuursrechtspraak niet tot uitdrukking; voorlopig bleek de klassieke idee dat de belanghebbende burger steeds met succes tegen onrechtmatige overheidsbesluiten moet kunnen opkomen nog springlevend. Dat veranderde pas na de verschijning van het rapport van de werkgroep-Van Kemenade, die melding maakte van een ‘teveel aan rechtsbescherming’ dat de besluitvorming ernstig zou vertragen en de slagkracht van het bestuur sterk zou compromitteren. In het kielzog van dat rapport werd een oplossing voor de door de werkgroep geschetste problemen onder andere gezocht in de invoering van een bestuursrechtelijke relativiteitseis. De vele rechtsgeleerde commissies die daarop aan het werk werden gezet, konden het over de wenselijkheid daarvan evenwel niet eens worden, al leken velen wel gecharmeerd van de leer van de contraire belangen, die kort gezegd inhoudt dat een rechtzoekende zich niet rechtsgeldig kan beroepen op rechtsnormen die niet strekken tot de bescherming van zijn eigen belangen, maar juist van die van zijn tegenstrevers. Onder druk van de

economische crisis die begon in 2008 hakte de wetgever zelf de knoop door en werd de relativiteitseis in sneltreinvaart ingevoerd. Het is tegen deze achtergrond niet vreemd dat veel bestuursrechtjuristen de introductie van de relativiteitseis beschouwen als de afgeleide van de opkomst van meer instrumentele visies op het bestuursrecht die voor die jaren kenmerkend was. Dat de relativiteitseis daarnaast kan worden gezien als een billijkheidsinstrument waarmee kan worden voorkomen dat de een ten koste van de ander profiteert van een oneigenlijk gebruik van bestuursrechtelijke rechtsbescherming werd daarbij vaak over het hoofd gezien.

In de jurisprudentie worden inmiddels de contouren zichtbaar van een bestuursrechtelijke relativiteitsleer die van de privaatrechtelijke leer ‘nieuwe stijl’ sterk verschilt. Uit de zowel in artikel 1.9 Chw als artikel 8:69a Awb opgenomen kennelijkheidseis komt meteen al naar voren dat, anders dan in arresten als *Duwbak Linda*, niet de *aanwezigheid*, maar het *ontbreken* van relativiteit in rechte dient te worden aangetoond. Bij het hanteren van die kennelijkheidseis legt de bestuursrechter de lat over het algemeen vrij hoog. Op die manier lijkt de relativiteitsleer een nuttige functie te vervullen in door velen als ‘tenenkrommend’ ervaren gevallen als de zaak over het woonwagenkamp en het zwembad, die in de parlementaire geschiedenis tot welhaast mythische proporties is uitgegroeid. *Brummen*, bijvoorbeeld, waarin de Afdeling voor het eerst een gebrek aan relativiteit aannam, kwam met die zaak enigszins overeen; in beide zaken strekte de ingeroepen norm er immers juist toe de tegengestelde belangen van anderen te beschermen. Een gebrek aan relativiteit kan ook voortkomen uit een gebrek aan *verwevenheid* van de individuele belangen van rechtzoekenden met de algemene belangen waarop de beweerdelijk overschreden norm betrekking heeft. Vooralsnog laat de vraag naar de mate van verwevenheid van belangen zich niet met ijzeren precisie voorspellen. Wel is duidelijk dat de rechter met het aannemen van afdoende verwevenheid bereid is ver te gaan; zolang de in het spel zijnde belangen niet *contrair*, maar *parallel* zijn wordt een gebrek aan verwevenheid slechts aangenomen in uitzonderlijke gevallen.

In ieder geval is duidelijk dat de introductie van de bestuursrechtelijke relativiteitseis een belangrijke stap markeert in de overgang van een ‘autonoom’, primair op de zuiverheid van de objectieve rechtsorde gericht bestuursrecht naar een meer ‘relationeel’ bestuursrecht dat niet primair georiënteerd is op de abstracte handhaving van normen, maar juist een intersubjectieve rechtsopvatting hanteert waarbij primair wordt gezocht naar rechtvaardigheid binnen concrete verhoudingen. Daarbij heeft de bestuursrechtelijke leer althans voorlopig meer weg van de oude privaatrechtelijke relativiteitsleer dan van de nieuwe. Evenals de in het interbellum door Van Geleijn Vitranga en anderen ondersteunde idee van relativiteit is de bestuursrechtelijke leer vooralsnog niet primair geënt op de verwezenlijking van algemene politieke en maatschappelijke doelen, maar is zij vooral gericht op de bestrijding van de meest in het oog springende uitwassen van het oude stelsel van rechtsbescherming die inhielden dat burgers soms op oneigenlijke wijze en ten koste van anderen van rechtsbescherming tegen de overheid konden profiteren. Het oude ‘autonome’ ideaal dat eenieder het recht heeft gevrijwaard te blijven van de gevolgen van onrechtmatige besluiten is daarbij verlaten. Toch lijkt datzelfde ideaal bij de ontwikkeling van de bestuursrechtelijke relativiteitsleer op de achtergrond nog steeds mee te spelen. Recent kwam dat onder meer naar voren in de ontwikkeling van de

## RELATIVITEIT

‘correctie-Widdershoven’, die vooralsnog een ruimere corrigerende werking belooft te hebben dan haar privaatrechtelijke evenknie, die in de privaatrechtelijke relativiteitsleer ‘nieuwe stijl’ enigszins in vergetelheid is geraakt. Op die manier blijkt eens te meer dat de bestuursrechtelijke relativiteitsleer een eigen, duidelijk van het privaatrecht onderscheiden koers vaart. De ‘autonome pathologieën’ van het klassieke stelsel worden zo bestreden zonder de waardevolle elementen ervan geheel op te offeren. Die koers verdient wat mij betreft ondersteuning.

# IX

## EVENREDIGHEID EN TRIAS POLITICA\*

*De figuur van 'marginale toetsing' hangt sterk samen met de 'autonome' notie van recht en beleid als afzonderlijke domeinen en de trias politica als scheiding van machten. Daarnaast valt zij te beschouwen als een verre echo van de 'organische leer' die rechters bestempelt als wereldvreemde, veelal langs abstracte lijnen redenerende buitenstaanders bij wie een oordeel over bestuurlijke belangenafweging niet op zijn plaats is. Tegen de achtergrond van verschillende maatschappelijke en sociaal-culturele ontwikkelingen is de marginale-toetsingspraktijk steeds verder onder druk komen te staan. Die ontwikkelingen vragen om een meer verfijnde en genuanceerde systematiek waarbij de rechter zijn toetsingsintensiteit kan afstemmen op de zwaarte van de betrokken belangen en de aard van door de rechtzoekende ingeroepen rechten. Van een bestuurlijke discretionaire ruimte die zich in beginsel aan rechterlijke controle onttrekt kan daarbij geen sprake zijn; veeleer vraagt de huidige sociale realiteit om een 'relationeel' model waarin de rechtmatigheid van de uitoefening van overheidsbevoegdheden steeds wordt gerelateerd aan de concrete omstandigheden en verhoudingen waarop die uitoefening is betrokken. Voor een triasleer waarin de actoren elk strikt aan hun eigen stoel blijven vastkleven is in dat model geen plaats. In plaats daarvan vraagt het om een terugkeer tot de geest van de 'relationele' trias die Montesquieu oorspronkelijk voor ogen had. In zijn stelsel van 'le pouvoir arrête le pouvoir' zijn wetgever, bestuur en rechter verwickeld in een permanente onderlinge dialoog waarin niemand het laatste woord heeft. In die zin voorziet Montesquieus oorspronkelijke leer in een dringende actuele behoefte.*

### 1. INLEIDING

De verhouding tussen de wetgever en het bestuur enerzijds en de rechter anderzijds wordt in het Nederlandse bestuursrecht van oudsher begrepen aan de hand van ruimtelijke metaforen.<sup>1</sup> Zo bepaalt een aloud beeld dat de bestuursrechter niet 'op de stoel van de administratie' mag gaan zitten. De idee van een door de wetgever aan het bestuur verleende 'discretionaire beslissingsruimte' staat daarbij voorop. Binnen die ruimte staat het bestuur slechts onder democratische controle; alleen voorbij de 'randen' van het

\* Dit hoofdstuk bouwt voort op Van den Berge 2016.

1 Vgl. Hirsch Ballin 2015a, p. 20 e.v.

bestuurlijke domein komt rechterlijke toetsing eventueel in beeld. De belangenafweging die het bestuur binnen de hem toegekende 'vrije ruimte' verricht onttrekt zich in beginsel aan een juridisch oordeel. 'Of besluit A dan wel besluit B wordt genomen', legt Stroink bijvoorbeeld uit, hangt veelal slechts af van een politieke belangenwaardering die door de rechter slechts 'marginaal' dient te worden getoetst.<sup>2</sup> Daarmee wordt bedoeld dat een besluit alleen voor rechterlijke vernietiging in aanmerking komt wanneer het door het bestuursorgaan na afweging van de betrokken belangen niet 'in redelijkheid' kan zijn genomen.<sup>3</sup> Een minder afstandelijke toets is volgens staande jurisprudentie in het geval van niet-gebonden besluiten slechts van toepassing op besluiten die primair strekken tot leedtoevoeging en daarmee gelden als 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM; in dat geval gaat de hoofdregel van 'marginale toetsing' niet op en beoordeelt de bestuursrechter de evenredigheid van de door het bestuur verrichte belangenafweging zonder terughoudendheid.<sup>4</sup>

Op de idee van 'marginale toetsing', die in het Nederlandse recht onder andere gestalte kreeg in *Doetinchemse woonruimteverordening* en dogmatisch verder werd uitgewerkt door Van Wijk en Duk, bestaat al geruime tijd kritiek. Zo betoogde Van der Hoeven reeds in 1974 dat het leerstuk ten onrechte uitgaat van een gelijkstelling van discretionaire bevoegdheden van bestuursorganen enerzijds en burgerlijke vrijheidsrechten anderzijds. Zogenaamde 'discretionaire bevoegdheden' betekenen volgens Van der Hoeven niet dat het rechtssubject in beginsel kan doen wat hem goedgevindt, maar houden veeleer een plicht in tot optimale taakvervulling; de evenredige afweging van de betrokken belangen maakt daarvan volgens Van der Hoeven integraal deel uit.<sup>5</sup> Op grond van dergelijke overwegingen leefde rondom de inwerkingtreding van de Awb onder sommigen de hoop dat 'vrije' bestuurlijke belangenafweging onder de nieuwe regeling aan een meer indringende rechterlijke toetsing zou worden onderworpen. Die hoop werd met name gevoed door artikel 3:4 lid 2 Awb, dat ter codificering van het evenredigheidsbeginsel bepaalt dat de 'nadelige gevolgen van een besluit' voor de belanghebbenden 'niet onevenredig' mogen zijn 'in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen'. Al snel bleek de Afdeling evenwel niet van zins de controle op het gebruik van 'vrije' bevoegdheden op grond van dat artikel aan te scherpen; de nieuwe bepaling zou slechts een 'tot het bestuur gericht voorschrift' behelzen dat aan de 'onderscheiden posities' van de rechter en het bestuur in het staatsbestel niet afdoet en daarom niet strekt tot intensivering van rechterlijke toetsing.<sup>6</sup>

Een geharnast criticus van de figuur van marginale toetsing is Hirsch Ballin, die al sinds jaar en dag ten strijde trekt tegen de idee van een discretionaire bestuurlijke ruimte als een 'speeltuin voor het bestuur om naar believen te beslissen'.<sup>7</sup> Het beeld van de actoren

2 F.A.M. Stroink, noot bij HR 25 februari 1949, *AB Klassiek* 2003/8 (*Doetinchemse woonruimteverordening*).

3 HR 25 februari 1949, *NJ* 1949/558, m.nt. D.J. Veegens, *AB Klassiek* 2003/8, m.nt. F.A.M. Stroink (*Doetinchemse woonruimteverordening*).

4 ABRvS 9 mei 1996, *JB* 1996/158, m.nt. F.A.M. Stroink (*Maxis en Praxis*); ABRvS 4 juni 1996, *JB* 1996/172, m.nt. E. van der Linden.

5 Van der Hoeven 1974, p. 210-211.

6 ABRvS 9 mei 1996, *JB* 1996/158, m.nt. F.A.M. Stroink (*Maxis en Praxis*); vgl. ook CBB 21 juni 1995, *AB* 1995/576, m.nt. J.H. van der Veen en CRvB 28 mei 1998, *JB* 1998/150, m.nt. F. Vernimmen-De Jong, *AB* 1998/244, m.nt. H. Bröring.

7 Hirsch Ballin 1991d, p. 267.

binnen de trias die elk aan een eigen stoel zitten vastgekleefd en zich slechts tot aan de randen daarvan met elkaars domein mogen bemoeien behoort volgens hem tot een ‘vroegere laag van denken over rechtsstatelijk bestuursrecht’ die zijn langste tijd gehad heeft.<sup>8</sup> De klassieke idee van de *trias politica* als een strikte *scheiding* der machten, met een duidelijk primaat aan de kant van de wetgever, past goed bij een tijd waarin het ‘repressieve recht’ van het ancien régime werd ingewisseld voor het ‘autonome recht’ van de rechtsstaat als ‘wettenstaat’, waarbij formele legaliteit en democratische aansturing voorop stonden.<sup>9</sup> Het moderne en ‘relationele recht’ gaat evenwel uit van de *trias politica* als een *evenwicht* van machten, waarbij ook de wetgever zijn fundamentele rechtsonderworpenheid erkent en de actoren geen van alle het primaat opeisen. Ook binnen het evenwichtsmodel hebben de wetgever, het bestuur en de rechter elk een eigen taak, maar anders dan in het ‘autonome’ model betekent dat niet langer dat zij strikt aan hun eigen posities gebonden zijn. Van een bestuur dat opereert in een ‘rechtvacuüm’ of althans in ‘juridisch ijle lucht’ kan in ieder geval geen sprake zijn. Hirsch Ballins ‘relationele’ rechtsopvatting houdt immers in dat elk rechtssubject in zijn verhoudingen tot anderen steeds gebonden is aan intersubjectieve rechtsbeginselen die aan zijn bevoegdheden of subjectieve rechten voorafgaan. Rechten en bevoegdheden kunnen juridische verhoudingen weliswaar nader vorm geven, maar nooit geheel bepalen.<sup>10</sup> Zo is het ook binnen de *trias* zelf. Wetgever, bestuur en rechter zijn onderling onlosmakelijk verbonden in een gedeelde soevereiniteit waarbij geen van drieën het laatste woord heeft.<sup>11</sup>

In de laatste jaren zwelt de kritiek op de idee van ‘marginale toetsing’ opnieuw aan. Enerzijds valt dat te begrijpen tegen de achtergrond van het EU-recht en het Duitse recht, waarin bij rechterlijke controle op evenredige belangenafweging een ruimere betekenis heeft. Daarbij wordt op min of meer systematische wijze onderscheiden tussen drie elementen. Ten eerste gaat het om de vraag of de bestreden bestuurshandeling geschikt (*geeignet*) is om het ermee te dienen doel te bereiken. Ten tweede wordt gezien of het bestuur wellicht ook op andere, minder belastende wijzen zijn doelen had kunnen nastreven; in dat verband wordt beoordeeld of de bestreden handeling als noodzakelijk (*erforderlich*) kan gelden. Ten derde komt de vraag naar evenredigheid in enge zin (*Verhältnismäßigkeit sensu stricto*) aan de orde, waarbij wordt bekeken of de nadelige gevolgen van de bestuurshandeling in een billijke verhouding staan tot de voordelen die erdoor worden bewerkstelligd.<sup>12</sup> Die systematiek wordt de Nederlandse rechter door velen ten voorbeeld gesteld. Het door het Duitse en Europese recht aangereikte kader biedt volgens Gerards bijvoorbeeld ruimte voor een ‘meer verfijnde en genuanceerde’ Europese evenredigheidstoets waarbij de toetsingsintensiteit expliciet is toegesneden op de concrete omstandigheden van het geval. Tussen de ‘volle’ toetsing van punitieve besluiten enerzijds en de Nederlandse hoofdregel van ‘marginale’ beoordeling anderzijds bestaat in doctrinair opzicht geen variatie, zodat de rechter formeel geen mogelijkheden heeft om zijn toetsing te intensiveren in zaken waarin weliswaar geen sprake is van een

8 Hirsch Ballin 1989, p. 2.

9 Vgl. Nonet & Selznick 2001 [1978], p. 51-52 voor de overgang van ‘repressive’ naar ‘autonomous law’.

10 Hirsch Ballin 1989, p. 1-4.

11 Hirsch Ballin 1991e, p. 344-350.

12 Zie o.a. De Moor-van Vugt 1995, p. 19 e.v.; Gerards 2006, p. 148-149; Gerards 2007, p. 76-90.



‘criminal charge’, maar desalniettemin inbreuk is gemaakt op zwaarwegende belangen of grondrechten. De Duits-Europese systematiek nodigt volgens Gerards veel meer uit tot aanpassing van de toetsing aan een aantal ‘intensiteitsbepalende factoren’, waaronder bijvoorbeeld de aard van het aangetaste belang of het karakter van de bevoegdheid die aan de bestreden overheidshandeling ten grondslag ligt.<sup>13</sup> Minder dan naar Nederlands recht zou de rechter bij toetsing aan het evenredigheidsbeginsel zijn toevlucht hoeven nemen tot ‘flankerende’ normen als het specialiteits- en zorgvuldigheidsbeginsel, zodat zijn meer expliciete evenredigheidsoordeel meer inzichtelijk en daardoor overtuigender zou kunnen zijn.<sup>14</sup>

Daarnaast laat de roep om hervorming van de Nederlandse bestuursrechtelijke evenredigheidstoets zich verklaren tegen de achtergrond van de sociale en maatschappelijke context waarin het recht functioneert. Ten eerste valt te wijzen op de ‘terugtrek van de wetgever’, die zich al in de tijd van Loeff en Struycken manifesteerde maar die de laatste jaren steeds sneller lijkt te gaan. Enerzijds worden bestuursorganen door de wetgever in toenemende mate van ‘open bevoegdheden’ voorzien en anderzijds worden zij veelal op grote afstand van de politiek geplaatst. Dat besluitvorming in de ‘haarvaten’ van het moderne, veelal volgens ‘new public management’ georganiseerde overheidsapparaat werkelijk politiek wordt aangestuurd en onder directe of althans indirecte democratische controle staat is steeds minder geloofwaardig. Bij die ontwikkeling past geen ‘doctrinaire afstandelijkheid’ van de bestuursrechter, maar een ‘relationeel’ stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming waarin elk overheidsbesluit op een geloofwaardige wijze met het evenredigheidsbeginsel wordt geconfronteerd.<sup>15</sup> Daarnaast spelen ook andere maatschappelijke veranderingen een rol. In de moderne, door individualisering en privatisering gekenmerkte ‘tegendemocratie’ wordt centrale sturing niet langer klakkeloos aanvaard. De tijd waarin het staatsgezag zich ter legitimering van zijn gezag vrij eenzijdig kon beroepen op een formele logica van verkiezingen en democratische controle lijkt voorgoed voorbij. In plaats daarvan lijkt een situatie te zijn ontstaan waarin van het gezag wordt gevraagd zich jegens zijn burgers telkens opnieuw te verantwoorden in gevoelsmatige ‘nabijheid’ (*proximité*) en meer verstandelijk-argumentatieve redelijkheid (*reflexivité*).<sup>16</sup> Ook die ontwikkeling vraagt om meer dan een zuiver doctrinair-afstandelijke en in beginsel marginaal toetsende bestuursrechter.<sup>17</sup>

Anderzijds kent de idee van een ruimere juridische toets van bestuurlijke belangenafweging ook veel tegenstanders. Zo zien sommigen in de evenredigheidseis een beginsel dat een eigen normatieve waarde ontbeert en daarom als ‘ideologisch hol’ moet worden beschouwd.<sup>18</sup> Daarbij wordt vaak gewezen op de ‘incommensurabiliteit van waarden’ zoals die onder andere wordt verondersteld door Joseph Raz. Voor de onderlinge afweging van belangen bestaat meestal geen ‘gemeenschappelijke maatstaf’, zodat doorslaggevende

13 Gerards 2007, p. 111. Vgl. ook Buijze 2009, p. 228 e.v., waar zij betoogt dat de Duits-Europese evenredigheidstoets de Nederlandse rechter een aantrekkelijk instrumentarium biedt om aan zijn al te juridisch-dogmatische omgang met het evenredigheidsbeginsel een meer empirische invulling te geven.

14 Gerards 2007, p. 112; vgl. De Moor-Van Vugt 1995, p. 268.

15 Hirsch Ballin 2015a, p. 14-15; Hirsch Ballin 2015b, p. 29.

16 Rosanvallon 2008, p. 290 e.v.; Rosanvallon 2011, p. 169 e.v.; p. 121 e.v.

17 Zie ook Hirsch Ballin 2015a, p. 30-32.

18 Lord Hoffmann 1999; Van Drooghenbroeck 2001, p. 727; Groenewegen 2005, p. 13-22.

rationele argumenten voor het ene of het andere besluit zouden ontbreken.<sup>19</sup> Groenewegen geeft het voorbeeld van de afgifte van een terrasvergunning, waarbij het gemeentebestuur onder andere rekening zal moeten houden met de belangen van het uitgaanspubliek en de uitbater van een bepaalde horecagelegenheid enerzijds en de belangen van omwonenden anderzijds. Doordat een gezamenlijke ‘noemer’ aan de hand waarvan deze belangen ten opzichte van elkaar kunnen worden afgemeten ontbreekt, zou het onmogelijk zijn de uitkomst van de belangenafweging met enige precisie op rationeel-argumentatieve wijze te motiveren. Voor het gemeentebestuur levert dat geen problemen op; zijn taak bestaat immers uit het voeren van beleid en het nemen van politieke, op bepaalde ideologische en anderszins subjectieve oordelen gebaseerde beslissingen. Voor de rechter zou dat anders liggen. Vanwege de materiële leegte van het evenredigheidsbeginsel valt een toets op evenredigheid volgens Groenewegen normaal gesproken buiten zijn terrein; slechts wanneer het ‘evident is dat de belangenafweging onredelijk is geweest’ zou de rechter het waardeoordeel van de bestuursrechter mogen corrigeren.<sup>20</sup>

In dit hoofdstuk ga ik op de problemen van ‘evenredigheid’ en ‘marginale toetsing’ nader in. Daarbij zal ik betogen dat de idee van marginale toetsing haar wortels heeft in de kunstmatige rechtsopvatting van positivisten als Laband en Loeff enerzijds en in het organische denken van, onder meer, Thorbecke en Struycen anderzijds. Anders dan door sommigen nog altijd wordt gedacht heeft de notie van een terughoudende, aan zijn eigen stoel gebonden rechter met de triasleer van Montesquieu niets te maken. Het beeld van de *trias politica* als een *scheiding* van machten vindt zijn oorsprong niet in een *voortzetting* van Montesquieus ideeën, maar juist in de *bestrijding* ervan door filosofen als Rousseau en Kant en de rechtswetenschappers die mede op grond van hun ‘autonome’ ideeën uitgingen van een welomkaderd bestuurlijk ‘freies Ermessen’ waarmee rechters zich niet zouden mogen bemoeien. Daarnaast stuitte Montesquieus triasleer op verzet van meer organisch georiënteerde denkers als Hegel, Stahl en Thorbecke, die meenden dat een ‘evenwicht van machten’ zoals Montesquieu zich dat voorstelde onverenigbaar zou zijn met de integriteit van het staatslichaam als zedelijke eenheid; naar zij vreesden zou de ‘juridisering’ van zedelijkheidsnormen leiden tot een versplinterde rechtsgemeenschap waarin voor individuele rechtssubjecten nog slechts een geatomiseerd bestaan overblijft. Naar ik zal betogen leven beide opvattingen in het huidige discours nog steeds door.

Niettemin lijkt het erop dat de bestuursrechtelijke jurisprudentie over het evenredigheidsbeginsel recent enige beweging vertoont. Daarbij springt onder meer een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak in het oog waarin de Afdeling terugkwam van een serie uitspraken waarin zij in beginsel geen grond zag voor een meer dan marginale toetsing van het opleggen van het zogeheten alcoholslotprogramma aan autobestuurders wegens rijden onder invloed.<sup>21</sup> Ook in de Groninger gaswinningszaak tenderde de Afdeling tot een meer dan marginale evenredigheidstoets.<sup>22</sup> Daarnaast valt te wijzen op enkele recente uitspraken waarin de Afdeling besloot tot een meer indringende toets

19 Raz 1986, p. 321 e.v. Groenewegen 2005, p. 16-17; Nicolaï 1990, p. 325.

20 Groenewegen 2005, p. 22.

21 ABRvS 4 maart 2015, *AB* 2015/160, m.nt. R. Stijnen.

22 ABRvS 18 november 2015, *JB* 2015/218, m.nt. R.J.N. Schlössels en D.G.J. Sanderink (*Groninger gaswinning*).

van asielbesluiten.<sup>23</sup> Ook op het terrein van het punitieve bestuursrecht is beweging zichtbaar. Dat komt onder andere naar voren in een uitspraak waarin de Afdeling oordeelt dat bij het bepalen van de hoogte van boetes wegens overtredingen van de Wet arbeid vreemdelingen meer rekening dient te worden gehouden met de aard van de rechtspersoon waaraan de boete is opgelegd en de feiten en omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.<sup>24</sup> Sommigen zien in dergelijke zaken de voortekenen van een meer contextuele jurisprudentiële koers waarbij de bestuursrechter de intensiteit van de evenredigheidstoets laat variëren met de aard en het gewicht van de concreet betrokken rechten en belangen.<sup>25</sup> Hoe dient deze ‘relationele’ ontwikkeling, voor zover daarvan inderdaad sprake is, nu te worden gewaardeerd? Welke theoretisch-constitutionele grondslag zou ervoor kunnen worden geformuleerd? Tot op welke hoogte kleven er aan de leer van ‘marginale toetsing’ waardevolle aspecten die niet zomaar zouden moeten worden veronachtzaamd? Hoe kan eventueel worden bewerkstelligd dat die aspecten verdisconteerd worden in een nieuw ‘relationeel’ toetsingsmodel dat enerzijds tegemoet komt aan moderne bestuursrechtelijke verhoudingen, maar anderzijds toch ook acht slaat op belangrijke waarden die worden vertegenwoordigd door het oude model?

## 2. MONTESQUIEU: EVENWICHT VAN MACHTEN

Onder sommigen klinkt in dit verband de roep om ‘een trias politica 2.0’ waarin de onderlinge verhoudingen tussen wetgever, bestuur en rechter opnieuw zijn doordacht.<sup>26</sup> Een dergelijke noviteit lijkt echter helemaal niet nodig; een terugkeer naar de oorspronkelijke triasleer van Montesquieu voldoet ook. Daarbij moet dan wel worden afgerekend met het hardnekkige beeld van Montesquieus triasleer zoals dat bijvoorbeeld wordt geschetst door Wiarda. In zijn canonieke *Drie typen van rechtsvinding* uit 1972 stelt hij dat Montesquieu een ‘ideale staat’ zou hebben gezien in de ‘république’, omschreven als een stelsel waarin ‘welomschreven wetten en daaraan strikt gehoorzamende rechters’ borg staan voor een voorspelbare wetstoepassing waarbij burgers slechts worden gehouden aan de juridische normen die zij zichzelf hebben opgelegd. Daarbij zou de rechter opereren als een soort machinaal wezen, een ‘juge-automate’ die zich beperkt tot mechanische wetstoepassing.<sup>27</sup> Voor Wiarda is het model van Montesquieu dan ook een schoolvoorbeeld van heteronome rechtstoepassing, waarbij de rechter te allen tijde voorkomt dat hij het ‘domein’ van de wetgever of het bestuur betreedt. Vanzelfsprekend verwijst Wiarda daarbij naar Montesquieus beroemde typering van rechters als de ‘bouches qui prononcent les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur’.<sup>28</sup> Het beeld van de rechter als de ‘spreekbuis van de wet’ is in juridische literatuur nog steeds alomtegenwoordig. Zo blikte Corstens in een recente rede hoofdschuddend terug op de periode waarin ‘de rechter volgens de principes van Montesquieu’ slechts zou gelden als

23 ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890 en ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:891.

24 ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3138.

25 Zo o.a. Barkhuysen 2015, p. 1583.

26 S. van Heukelom-Verhage, interventie VAR-jaarvergadering 2015.

27 Vgl. Eisenmann 1952, p. 154.

28 Wiarda 1972, p. 7-8, verwijzend naar Montesquieu, *EL* 11.6.

“bouche de la loi”; de mond waardoor de wet sprak’. Intussen, meent Corstens, weten we wel beter en ‘zit er duidelijk ook een hoofd aan die mond vast’.<sup>29</sup>

In rechtstheoretische literatuur is inmiddels herhaaldelijk vastgesteld dat de standaardinterpretatie van Montesquieus triasleer, zoals die onder andere wordt weergegeven door Wiarda en Corstens, op hardnekkige mythevorming berust. In zijn Leidse dissertatie uit 1979 toont K.M. Schönfeld bijvoorbeeld aan dat Montesquieus beeld van rechters als ‘bouches de la loi’ niet verwijst naar mechanische wetstoepassing, maar juist benadrukt dat de rechter ten opzichte van de wetgevende en uitvoerende machten een zelfstandige taak vervult. Volgens een middeleeuws adagium valt het recht samen met de persoon van de koning (*rex lex animata*), zodat deze beschouwd zou kunnen worden als een ‘speaking law’ en ‘the law’ als een ‘dumbe king’. Daaruit volgt dan natuurlijk dat ‘the king is above the law, as both the author and giver of strength thereto’.<sup>30</sup> Met andere woorden: de bevelen van de koning bepalen het recht en niets anders: *rex est lex loquens*.<sup>31</sup> Montesquieus typering van de *rechter* als de ‘bouche de la loi’ staat hier lijnrecht tegenover; niet de koning, maar de rechter is het ‘sprekende recht’ (*iudex est lex loquens*), waarbij *lex* en *loi* niet slaan op wettelijke regels, maar in bredere zin verwijzen naar het recht als zodanig. De schets van de rechter als een ‘être inanimé’ kan daarbij worden opgevat als het spiegelbeeld van koninklijke willekeur. De rechter *maakt* het recht niet, maar *vindt* het slechts; anders dan de absoluut heersende koning is hij slechts de vertolker van het recht en valt hij er dus niet geheel mee samen.<sup>32</sup>

Door auteurs als Witteveen en Foqué is Schönfelds analyse in een bredere ideeën-historische en rechtsfilosofische context geplaatst. In afwijking van de bevelstheorie van het recht, die sterk verwant is aan de absolutistische theorieën van denkers als Bodin en Hobbes, vallen de staat en het recht volgens Montesquieu onmogelijk te beschouwen als de maaksels van autonoom opererende individuen. Slechts tot op beperkte hoogte is het recht het resultaat van vrije wilsuitingen. In essentie, zo meent Montesquieu, bestaat het recht uit onontkoombare *verhoudingen* (‘rapports nécessaires’) die met het menszijn zelf gegeven zijn.<sup>33</sup> Enerzijds kan het recht bestaan uit wetten die door de mens zelf in het leven zijn geroepen; anderzijds bevat het normen waaraan de mens steeds ook buiten zijn wil om is onderworpen. Voordat er überhaupt mensen waren, zo redeneert Montesquieu, waren er *mogelijke* mensen, en dientengevolge ook *mogelijke* verhoudingen. Het voorpositieve karakter van het recht hangt daar in zijn theorie direct mee samen. Door het recht beheerste *verhoudingen* gaan volgens hem hoe dan ook aan door individuen gepositieerde rechtsregels vooraf. De idee dat recht alleen behelst wat volgens het positieve recht wordt opgelegd of bevolen, zou even absurd zijn als de gedachte dat ‘niet

29 Corstens 2011; vgl. verder o.a. Snijders 1987, p. 141; Heringa 2005, p. 100; Brenninkmeijer 2011, p. 399; Boogaard & Uzman 2015, p. 61; Stout 2015, p. 92.

30 James I, ‘The Trew Law of Free Monarchies’, in: Ch. H. McIlwain (red.), *The Political Works of James I*, Harvard Mass.: Harvard University Press 1918, p. 63, geciteerd via Schönfeld 1979, p. 42.

31 Schönfeld 1979, p. 44.

32 Schönfeld 1979, p. 53-55; vgl. ook Witteveen 1988, p. 301-306; vgl. ook Fleuren 2014, p. 9.

33 *EL* 1.1: ‘Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses.’

alle stralen gelijk waren voordat de eerste cirkel was getrokken'.<sup>34</sup> Met andere woorden: 'verhoudingen van billijkheid' ('rapports d'équité') gaan vooraf aan positieve rechtsregels en niet andersom.<sup>35</sup> Daarmee verzet Montesquieu zich duidelijk tegen de 'voluntaristische' en 'imperativistische rechtsopvatting' die voor het ancien régime kenmerkend was en stelde hij er een relationele, niet op autonome individuen maar op wezenlijke juridische intersubjectieve betrokkenheid geënte opvatting voor in de plaats.<sup>36</sup>

Montesquieus analyse van de 'politieke vrijheid' ('liberté politique') hangt met die intersubjectieve mens- en rechtsopvatting onmiddellijk samen. Geen enkel begrip wordt in zijn ogen op zo uiteenlopende wijzen uitgelegd. Wat 'politieke vrijheid' precies behelst, varieert sterk naar tijd en plaats en van persoon tot persoon. Zo volgt de een Locke in de idee dat zij vooral gelegen is in een recht tot opstand, terwijl de ander haar met Hobbes situeert in de keuze voor een tiran aan wie men vervolgens absolute gehoorzaamheid schuldig is.<sup>37</sup> Daarnaast geeft Montesquieu het bijzondere voorbeeld van de Russen, die vrijheid vooral zouden begrijpen als het recht een baard te dragen, hetgeen hun door Peter de Grote werd verboden. Anders dan Wiarda veronderstelt is Montesquieu beslist geen uitgesproken republiekin. Onder meerdere staatsvormen kan de politieke vrijheid goed gedijen; of zij beter tot haar recht komt in een republiek of monarchie hangt af van allerlei variabele omstandigheden. Wel geeft Montesquieu aan dat de vrijheid van oudsher meer met de republiek wordt geassocieerd dan met de monarchie; in het bijzonder, zo signaleert hij, wordt daarbij dan vaak gedacht aan republieken die niet aristocratisch, maar democratisch zijn georganiseerd. De vanzelfsprekendheid van het veronderstelde verband tussen vrijheid en democratie berust echter op een misverstand dat kon ontstaan doordat het volk in een democratie 'min of meer lijkt te doen wat het wil'.<sup>38</sup> Met de afwezigheid van belemmeringen heeft vrijheid slechts deels iets te maken. Zij behelst wat Montesquieu betreft geen grenzeloze autonomie, maar houdt in dat rechtssubjecten 'kunnen doen wat zij zouden moeten willen' en niet worden gedwongen 'te doen wat zij niet zouden moeten willen'.<sup>39</sup> Dat wil zeggen: zij houdt geen onafhankelijkheid in, maar hangt onlosmakelijk samen met allerlei ethisch beladen 'rapports nécessaires' die aan individuele subjecten en andere actoren voorafgaan.<sup>40</sup>

De onontkoombaarheid van verhoudingen vertaalt zich ook in Montesquieus idee van een *trias politica*. Vrijheid zou alleen kunnen bestaan onder 'gouvernements modérés'; daarmee doelt Montesquieu op stelsels die niet uitgaan van een ongedeelde soevereiniteit, belichaamd door het 'corps politique' van het volk of het 'corps physique' van de koning,

34 EL 1.1: 'Les êtres particuliers intelligents peuvent avoir des lois qu'ils ont faites; mais ils en ont aussi qu'ils n'ont pas faites. [...] Dire qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eût tracé de cercle, tous les rayons n'étaient pas égaux.'

35 EL 1.1: 'Il faut [...] avouer des rapports d'équité antérieurs à la loi positive qui les établit.'

36 Foqué & 't Hart 1990, p. 73; Foqué 1993, p. 465; Foqué 2006, p. 10-12; Foqué 2014, p. 214-215. Vgl. ook Gribnau 1990, p. 22-25.

37 Vgl. o.a. Goyard-Fabre 1980, p. 32 e.v.

38 EL 11.2: '[C]omme, dans les démocraties, le peuple paraît à peu près faire ce qu'il veut, on a mis la liberté dans ces sortes de gouvernements.'

39 EL 11.3: '[L]a liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir.'

40 EL 11.3: 'Il faut se mettre dans l'esprit ce que c'est que l'indépendance, et ce que c'est que la liberté.' Zie voor Montesquieus vrijheidsbegrip verder o.a. Goyard-Fabré 1973, p. 288 e.v.

maar juist van een soevereiniteitsbegrip waarbij de macht wordt gedeeld door verschillende gelijkwaardige actoren die niet zonder elkaar kunnen en zich dus op een bepaalde wijze tot elkaar zullen moeten verhouden.<sup>41</sup> Een democratische republiek die tot ‘de geest van extreme gelijkheid’ vervalt, verwordt tot despotie.<sup>42</sup> Een dergelijke republiek erkent immers geen enkel onderscheid op grond van deugdzaamheid; in de allesoverheersende zucht naar onderlinge gelijkheid resteert op die manier slechts de wil van de meerderheid.<sup>43</sup> Iets soortgelijks geldt voor een monarchie waarin de koning zich alle macht toe-eigent en zich niet langer realiseert dat ook hij in voorpositieve en juridische verhoudingen tot zijn subjecten staat. Een kwaadaardige vorm van alleenheerschappij ligt op de loer wanneer de vorst de ‘orde der dingen’ tracht te *wijzigen* in plaats van haar te *handhaven*. Daarvan is onder andere sprake wanneer hij ‘alles uitsluitend op zichzelf betreft’ en zich daarmee tracht los te maken van zijn onontkoombare verhoudingen tot anderen, waarbij hij de staat uiteindelijk zelfs vereenzelvigt met zijn eigen persoon.<sup>44</sup> Met andere woorden: politieke vrijheid kan niet bestaan binnen een staatsvorm waarin de soevereiniteit ongedeeld berust bij één orgaan, maar vereist een stelsel waarin de macht berust op een evenwicht tussen verschillende organen die ten opzichte van elkaar in een precarie balans zijn verwickeld. Alleen een constitutie waarin, ‘par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir’ kan voorkomen dat deze balans wordt verstoord.<sup>45</sup>

De uitgesproken *relationele*, niet op individuele autonomie maar op essentiële wederkerige *betrokkenheid* geënte aard van de ‘gematigde constitutie’ waaronder politieke vrijheid kan gedijen keert ook terug in Montesquieus beschrijving van de staatsvorm van Engeland, dat volgens hem bij uitstek valt te beschouwen als de natie ‘qui a pour objet direct de sa constitution la liberté politique’.<sup>46</sup> De ‘puissance législative’, ‘puissance exécutive’ en de ‘puissance de juger’ die Montesquieu daarbij onderscheidt functioneren alleen in elkaars wederkerige afhankelijkheid, waarbij geen der actoren zich ook maar een moment ‘lui-même sa règle’ waant.<sup>47</sup> In geen geval dient de soevereiniteit verenigd te zijn ‘dans la même personne ou dans le même corps de magistrature’; de ervaring leert immers dat deze ene persoon of dit ene orgaan vervolgens de verleiding niet zal kunnen weerstaan om tirannieke wetten uit te vaardigen en deze vervolgens zonder enig tegenwicht te handhaven. Andersom dienen de rechtssubjecten te worden behoed voor een ongebreidelde ‘puissance de juger’; wanneer de rechter in het geheel geen acht slaat op de wetgevende en uitvoerende macht bestaat het risico dat hij zich ontwikkelt tot een onderdrukker. Essentieel is dus dat de dragers van de drie machten geen van alle een ‘primaat’ opeisen. In plaats daarvan dienen zij zich elk afzonderlijk te voegen naar een

41 Vgl. Foqué & ‘t Hart 1990, p. 80-81.

42 EL 8.2: ‘Le principe de la démocratie se corrompt, non seulement lorsqu’on perd l’esprit d’égalité, mais encore quand on prend l’esprit d’égalité extrême.’

43 EL 8.3: ‘Pour lors le peuple, ne pouvant souffrir le pouvoir même qu’il confie, veut tout faire par lui-même, délibérer pour le sénat, exécuter pour les magistrats, et dépouiller tous les juges. Il ne peut plus y avoir de vertu dans la république.’

44 EL 8.6: ‘La monarchie se perd, lorsque le prince, rapportant tout uniquement à lui, appelle l’État à sa capitale, la capitale à sa cour, et la cour à sa seule personne.’

45 EL 11.4.

46 EL 11.5.

47 Vgl. EL 6.3: ‘Dans les États despotiques, il n’y a point de loi: le juge est lui-même sa règle.’



precair onderling evenwicht waaraan zij zich niet kunnen onttrekken zonder de politieke vrijheid om zeep te helpen. Dat laatste mag natuurlijk nooit gebeuren; ‘alles zou dan verloren zijn’.<sup>48</sup>

### 3. HET PRIMAAT VAN DE WETGEVER

In zijn veronderstelde hoedanigheid als ‘wegbereider’ van de moderne rechtsstaat wordt Montesquieu vaak in één adem genoemd met John Locke, die evenals Montesquieu aan de basis zou hebben gestaan van de moderne ‘trias politica’.<sup>49</sup> Voor zover Locke echter überhaupt een systematisch onderscheid tussen de drie machten beoogt wijkt dit in fundamentele zin af van de leer van Montesquieu. Waar de laatste uitgaat van de voorpositieve juridische gebondenheid van individuele subjecten binnen concrete verhoudingen met anderen is het theoretische vertrekpunt van Locke juist gelegen in autonome individuele vrijheid, slechts begrensd door een universele ‘law of nature’. Oorspronkelijk is het individu vrij ‘to do whatsoever he thinks fit for the preservation of himself, and others within the permission of the law of nature’. Bovendien beschikt het vrije individu in beginsel over de bevoegdheid ‘to punish the crimes committed against that law’.<sup>50</sup> Deze bevoegdheden vervallen pas wanneer het autonome individu toetreedt tot een politieke gemeenschap, waarin hij zijn natuurlijke zelfbeschikkingsrecht overdraagt aan de staat. De ‘supreme power’ is daarbij in handen van de wetgever, ‘for what can give laws to another, must needs be superior to him’; ‘all other powers, in any members or parts of the society’ zijn ‘derived from and subordinate to it’.<sup>51</sup> Alleen op die manier kan het staatsgezag een afgeleide blijven van de individuele, slechts door de natuurwet ingeperkte autonomie waarop het grondvest is.

De suprematie van de wetgevende macht is ook van toepassing in verhouding tot de ‘indifferent and upright judges’ aan wie rechtspraak moet worden toevertrouwd.<sup>52</sup> Bij de beoordeling van geschillen zal er een zekere distantie moeten bestaan tussen de wetgever en de rechter. Ook zij die tot de ‘legislative power’ behoren zijn immers onderworpen aan de door henzelf afgekondigde regels; daarom is het wenselijk dat de beoordeling van geschillen geschiedt door ‘authorized judges’ die over de juiste deskundigheid beschikken en op enige afstand staan. Onder geen beding mag rechtspraak ontaarden in ‘governing without settled standing laws’; de rechter dient daarom zijn oordeel expliciet te baseren op vooraf door de wetgever afgekondigde algemene regels. De van oorsprong volstrekt autonome individuen hebben de natuurtoestand immers niet verlaten om zich te voegen naar de ‘arbitrary power’ van rechterlijke willekeur, maar slechts omwille van de onderwerping aan een ‘rule of law’ waarin hun vrijheid in beginsel slechts wordt ingeperkt door wettelijke regels.<sup>53</sup> Op die manier wordt duidelijk dat Locke, anders dan Montesquieu,

48 *EL* 11.6: ‘Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d’exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers.’

49 Zie o.a. Oosterhagen 2000, p. 11-18.

50 *STG* 128.

51 *STG* 150.

52 *STG* 131.

53 *STG* 136.



aan de wetgevende macht een dominante positie toebedeelt. Bij werkelijke verdeling van staatsmacht, zo redeneert hij, kan de wetgever zijn leidende rol als afgebeelde van het autonome individu niet langer vervullen en desintegreert de ‘body politic’, zodat de burgers voor niets hun oorspronkelijke vrijheid hebben opgegeven.<sup>54</sup> Terwijl Montesquieu een *relationeel* rechtsbegrip hanteert en van daaruit concludeert tot een *interdependentie* van machten, gaat Locke juist uit van een *autonoom* rechtsbegrip, waaruit volgens hem moet volgen dat de autonomie van de wetgever als ‘supreme power’ slechts begrensd wordt door het natuurrecht en door niets anders.

In de theorie van Rousseau komt de vrees voor desintegratie van de staat als ‘politiek lichaam’ nog veel sterker naar voren. Alle macht berust in Rousseaus theorie bij het volk, dat haar aan niemand kan afstaan. Het volk en zijn leden zijn alleen vrij en soeverein bij de gratie van de uitoefening van de ‘algemene wil’ (*volonté générale*), niet te verwarren met de ‘wil van allen’ (*volonté de tous*).<sup>55</sup> De uitoefening van de ‘volonté générale’ is een en ondeelbaar; de algemene wil is immers ‘algemeen, of zij is het niet’.<sup>56</sup> Het essentiële belang van een ondeelbare algemene wil zou door Montesquieu ten onrechte worden miskend; vandaar dat hij in zijn analyse van het staatsgezag allerlei onderscheidingen aanbrengt die welbeschouwd onmogelijk zijn. Montesquieus staat wordt door Rousseau aangeduid als een ‘être fantastique’, een wezen dat niet beschikt over een intact lichaam, maar slechts op een losse aaneenrijging van verschillende onderdelen (‘pièces rapportées’). Montesquieus triasleer zou even absurd zijn als een menselijk lichaam dat is samengesteld uit ‘plusieurs corps dont l’un aurait des yeux, l’autre des bras, l’autre des pieds, et rien de plus’. Een dergelijke ‘erreur’ zou voortkomen uit onbegrip van hetgeen elke ‘verdeling van machten’ bij nader inzien werkelijk behelst: niet de nevenschikking, maar de onderschikking van machten. Elke theorie van machtsverdeling zou veronachtzamen dat de ‘afzonderlijke bevoegdheden’ die men construeert (*les droits qu’on prend pour des parties*) in werkelijkheid geen losse delen zijn, maar altijd de afgeleide zijn van een en dezelfde ‘volonté générale’ waaraan zij ondergeschikt zijn.<sup>57</sup>

Iets soortgelijks treffen we ook aan bij Kant, die in de *trias politica* een belangrijke waarborg voor individuele vrijheid ziet. ‘Der Republikanism’, schrijft hij bijvoorbeeld, is ‘das Statsprincip der Absonderung der ausführenden Gewalt von der gesetzgebenden’, terwijl ‘der Despotism’ juist berust op de ‘eigenmächtige Vollziehung des Staats von Gesetzen, die er selbst gegeben hat’.<sup>58</sup> Hoe Kant die ‘Absonderung’ voor zich ziet, blijkt nader uit zijn *Rechtslehre*, waar hij onderscheid maakt tussen ‘die Herrschergewalt [...] des Gesetzgebers’, ‘die vollziehende Gewalt [...] des Regierers’ en ‘die rechtsprechende Gewalt [...] des Richters’. Daarbij benadrukt Kant evenwel dat de volle soevereiniteit in handen ligt van de wetgever, niet voor niets aangeduid als de ‘heersende macht’ (*Herrschergewalt*). Aan de uitvoerende en de rechtsprekende macht komt op die manier

54 STG 218.

55 Waar de ‘wil van allen’ slechts de optelsom behelst van de ‘bijzondere willens’ van burgers, waarbij eenieder zich slechts oriënteert op zijn eigen belang, oriënteert de ‘volonté générale’ zich slechts op het abstracte algemeen belang. Zie ook hierboven, hoofdstuk 2, §5.

56 CS 2.1.

57 CS 2.2.

58 ZeF, p. 205.

welbeschouwd geen zelfstandige betekenis toe. Het bestuur berust weliswaar bij een onderscheiden orgaan, maar behelst in wezen slechts uit de uitvaardiging van bevelen ('Verordnungen', 'Decrete') 'zu Folge dem Gesetz'. Iets soortgelijks geldt voor de rechter, die weliswaar een van de wetgever en het bestuur onderscheiden positie inneemt maar zijn oordeel desalniettemin strikt dient te baseren op een syllogistische logica waarbij de wet steeds als dwingende 'Obersatz' fungeert.<sup>59</sup> In Kants stelsel zijn de drie machten elkaar dus 'beigeordnet' en vallen zij te beschouwen als '*postestates coordinatae*' die in hun functioneren van elkaar afhankelijk zijn. Evenzeer zijn de uitvoerende en de rechtsprekende macht evenwel aan de wetgever 'zugeordnet', zodat zij in feite opereren als '*potestates subordinatae*' ten opzichte van de wetgever, die als 'Oberbefehlhaber' of 'summus rector' de ongedeelde soevereiniteit stevig in handen heeft.<sup>60</sup>

#### 4. DE STAAT ALS ORGANISME

Het intellectuele verzet tegen Montesquieus oorspronkelijke triasleer komt derhalve voor een belangrijk deel voort uit vrees voor afkalving van een al dan niet expliciet onderkend 'primaat van de wetgever', zonder welk het staatskunstwerk als waarborg voor de gelijke vrijheid van autonome individuen hopeloos uit elkaar zou vallen. Daarnaast stuitte de triasleer op weerstand van denkers die de staat in weerwil van verlichtingsfilosofen als Kant niet beschouwden als de kunstmatige 'Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen',<sup>61</sup> maar juist als een organische, in een bepaalde geschiedenis en cultuur verankerde entiteit waarvan het individu onlosmakelijk deel uitmaakt. Naar Gerber bijvoorbeeld meent bestaat de staat 'nicht als eine bloss begriffliche Erscheinung, sondern als ein auf natürlicher Grundlage, nämlich dem Volke beruhendes Wesen', dat een ondeelbare 'eigen Willensinhalt' zou hebben 'in dem sittlichen, auf das staatliche Leben gerichteten Geiste des Volkes'.<sup>62</sup> Met Montesquieus leer van een gedeelde soevereiniteit is die organische visie onverenigbaar; zoals een lichaam niet kan overleven wanneer het in stukken wordt gehakt, zou de staat het niet verdragen wanneer de hem toekomende almacht wordt verdeeld over verschillende actoren. Soevereiniteit is een en ondeelbaar; zij behelst de onversneden 'Willensmacht eines persönlich gedachten sittlichen Organismus' alsmede het 'Recht zu herrschen, d.h. das Recht, zur Ausführung der im Staatszwecke liegenden Aufgaben einen das ganze Volk verbindenden Willen zu äussern'.<sup>63</sup> Anders dan in de leer van Rousseau, die uitgaat van de geheimzinnige eenheid van het volk als ondeelbaar 'corps politique', vindt de eenheid van de staat volgens organische denkers als Gerber haar verwerkelijking veelal in het 'corps physique' van de monarch, in wie 'die abstracte Persönlichkeit der Staatsgewalt verkörpert' zou zijn.<sup>64</sup>

In filosofische zin berusten dergelijke organische ideeën sterk op het werk van denkers als Hegel, die zich de staat immers niet voorstelt als de artificiële weerslag van een sociaal

<sup>59</sup> MS 45.

<sup>60</sup> MS 48.

<sup>61</sup> MS 45.

<sup>62</sup> Gerber 1865, p. 20.

<sup>63</sup> Gerber 1865, p. 19-20.

<sup>64</sup> Gerber 1865, p. 73-74.

contract, maar als de culminatie van gemeenschapsleven dat voortkomt uit de sociale natuur van de mens zelf. In dat opzicht komt zijn staatsfilosofie overeen met die van Montesquieu, aan wie Hegel zich op diverse plaatsen in zijn *Grundlinien* expliciet schatplichtig betoont.<sup>65</sup> In afwijking van Montesquieu pleit Hegel evenwel niet voor een systeem van ‘checks and balances’ waarbij de ene macht steeds geldt als het *tegenwicht* van de andere. De integriteit van het staatslichaam komt volgens Hegel in gevaar als de staatsactoren ten opzichte van elkaar steeds als ‘ein Negatives, als gegenseitige Beschränkung’ zouden moeten worden opgevat. Montesquieus stelsel van ‘le pouvoir arrête le pouvoir’ zou al te zeer uitgaan van onderlinge ‘Feindseligkeit’, ‘eine Angst vor jeder, was jede gegen die Andere als gegen ein Übel hervorbringt’; de ‘Bestimmung’ van de staatsmachten zou er in Montesquieus trias slechts in gelegen zijn elkaar ‘entgegenzusetzen’, zodat de staat zich slechts zou kunnen ontwikkelen tot ‘ein allgemeines Gleichgewicht’ en zijn wezenlijke natuur als ‘lebendige Einheit’ zou verliezen. Montesquieus triasleer neemt volgens Hegel slechts ‘das Negative zum Ausgangspunkt’, waarbij de aandacht eenzijdig zou uitgaan naar ‘das Wollen des Bösen und das Mißtrauen dagegen’. Met Montesquieus theorie van een gedeelde soevereiniteit, waarbij tussen de machten onderling geen hiërarchie valt aan te wijzen, is in Hegels ogen de ‘Zertrümmerung des Staats unmittelbar gesetzt’. De idee dat ‘jede Gewalt für sich abstrakt dastehen sollte’, zou berusten op een ernstige vergissing; veeleer beschouwt Hegel de afzonderlijke machten als ‘Momente’ van een overkoepelend ‘Begriff’ dat uitgaat van de staat als zedelijke eenheid.<sup>66</sup>

In het door Hegel bepleite stelsel van ‘checks and balances’ is de integriteit van de staat dan ook een centraal uitgangspunt. In de verdeling van machten die hij voorstaat onderscheidt hij ten eerste een ‘wetgevende macht’ (*Gesetzgebende Gewalt*) die de taak krijgt toebedeeld ‘das Allgemeine zu bestimmen und festzustellen’. Behalve de *onbepaalde* sfeer van het algemene omvat de staat evenwel ook de *bepaaldheid* van het bijzondere; Hegels constitutie behoeft daarom ten tweede een ‘uitvoerende macht’ (*Regierungsgewalt*) die zorg draagt voor de ‘Subsumtion der besonderen Sphären und einzelnen Fälle unter das Allgemeine’. Ten derde vertegenwoordigt ‘die fürstliche Gewalt’ voor Hegel het moment waarop het algemene en het bijzondere worden ‘opgeheven’ binnen de staat als het synthetische niveau waarop zij enerzijds hun eigenheid behouden maar anderzijds ook worden verlost van hun beider eenzijdigheid. De vorst belichaamt daarbij ‘der Subjektivität der letzten Willensentscheidung’, waarin ‘die unterschiedenen Gewalten zur individuellen Einheit zusammengefasst sind’; als zodanig is hij niets minder dan ‘die Spitze und der Anfang des Ganzen’ zonder wie het staatsorganisme ‘puur een gedachte eenheid’ zou blijven en zich derhalve nooit zou kunnen verwerkelijken.<sup>67</sup> De essentiële positie van de vorst als vertegenwoordiger van de integriteit van de staat als organisme neemt niet weg dat zijn rol in de moderne staat slechts een symbolische behoort te zijn. De monarchie die Hegel voor zich ziet is ‘constitutioneel, niet absoluut’.<sup>68</sup> ‘[A]n der Spitze des formellen Entscheidens’ vervult de vorst slechts een symbolische rol als de belichaming van statelijke eenheid; die rol behoeft niet per se een juist karakter, maar kan

65 Zie o.a. Hegel, *PhR* 3, 261 en 273, waar Hegel verwijst naar ‘den tiefen Blick Montesquieus’.

66 *PhR* 272.

67 *PhR* 273. Zie verder o.a. Siep 1986, p. 387.

68 Heyde 1987, p. 227.

worden vervuld door elk individu dat op het juiste moment “Ja’ sagt und den Punkt auf das I setzt”.<sup>69</sup>

Voor een afzonderlijke rechterlijke macht is in Hegels alternatieve trias geen plaats. In rechtspraak ziet Hegel slechts een element van de uitvoerende macht, waarbij rechters evenals bestuurders een mediërende taak tussen ‘het algemene’ en ‘het bijzondere’ wordt toebedacht. Onder de vleugels van ‘die Regierungsgewalt’ situeert hij desalniettemin een ‘richterliche Gewalt’ die in enige mate zelfstandig opereert. Deze ‘rechterlijke macht’ behoort zich in beginsel te richten op formele gelijke vrijheid als het centrale beginsel van de ‘bürgerliche Gesellschaft’; dat uitgangspunt gedijt het best bij volstreekte neutraliteit en formele toepassing van abstracte rechtsregels.<sup>70</sup> Daarbij dreigt volgens Hegel wel het gevaar dat het subject zich in ‘Leibeigenschaft’ uitlevert aan de rechterlijke macht als een intellectualistische, wereldvreemde, zich op allerlei manieren ‘ausschliessend machende’ stand, die in zijn werkzaamheden een abstracte terminologie volgt die van het werkelijke rechtsleven is losgezongen.<sup>71</sup> Op het existentiële niveau van de *staat*, die niet bijeen wordt gehouden door abstracte regels, maar door de affectieve geladenheid van essentiële zedelijke *betrekkingen*, is een dergelijke gang van zaken hoogst ongewenst. Bescherming van burgers tegen bestuurshandelingen hoort daarom niet thuis bij de rechterlijke macht, maar dient haar beslag te krijgen binnen de ‘polizeiliche Gewalt’ van het bestuur zelf. Een waarborg voor burgers ziet Hegel vooral in de juiste ‘Bildung der Beamten’,<sup>72</sup> die hen als ‘Staatsbedienten’ geheel doordringt van de juiste statelijke ‘Sittlichkeit’ als een ‘zweite Natur’. Voor zuiver algemene, al te abstracte en formele richtsnoeren is geen plaats; hoe de overheid dient op te treden, moet volgens Hegel steeds worden gezien binnen de *concrete context* van bepaalde zedelijke verhoudingen.<sup>73</sup>

Ook Stahl (1802-1861) wil in zijn organische rechtsleer niets van Montesquieus triasleer weten. De ‘irriges Lehre von der Theilung der Staatsgewalt’, meent Stahl, is met de idee van de staat als ondeelbare zedelijke eenheid niet in overeenstemming te brengen. ‘[I]n der Montesquieuschen Auffassung’ zou de integriteit van het staatslichaam ‘überhaupt und überall unbeachtet’ blijven; van een constitutie op die grondslag zou een splijtende werking uitgaan die het voortbestaan van de staat als ‘zedelijk rijk’ ernstig in gevaar brengt. Daartegenover houdt Stahl in navolging van Hegel vast aan de idee dat ‘die Staatsgewalt den Charakter eines persönlichen Willens hat und daher eine Einheit bildet, die unteilbar ist’; de belichaming van die eenheid vindt Stahl, evenals Hegel, in de figuur van de soevereine vorst.<sup>74</sup> Desalniettemin erkent Stahl ‘die große Wahrheit’, ‘durch [...] Montesquieu gewonnen’, en strekkend tot diens ‘unsterblicher Ruhm’, ‘daß die Theilnahme verschiedener Elemente [...] an der Ausübung der Staatsgewalt [...] wirklich das Fundament der bürgerlichen und [...] politischen Freiheit ist, dass nur die Sonderung der Funktionen der Staatsgewalt und die Konkurrenz verschiedener Elemente

69 PhR 280, Zusatz.

70 PhR 287.

71 PhR 228.

72 PhR 295.

73 PhR 294.

74 Stahl 1845, deel 2, band 2, p. 217-218; zie ook Grosser 1963, p. 80.

für dieselben die Garantie jener Freiheit gewährt'.<sup>75</sup> Hoewel Stahl dus hecht aan een ongedeelde soevereiniteit, belichaamd door de figuur van de vorst, benadrukt hij evenzeer dat het 'monarchisches Princip' dat hij voorstaat niet inhoudt dat de vorst de absolute heerschappij toekomt, maar veeleer dient ter voorkoming van desintegratie van de staat als zedelijk rijk, dat bij implementatie van Montesquieus trias uiteen zou vallen in 'ganz gesonderte, in keiner Verbindung stehende' onderdelen.

## 5. 'FREIES ERMESSEN'

Bij de ontwikkeling van het Nederlands bestuursrechtelijk denken speelt zowel het door sommigen veronderstelde 'primaat van de wetgever' als de idee van de staat als ondeelbaar zedelijk organisme een prominente rol. In de bekende, voor latere bestuursrechtelijke ideeënvorming sterk funderende polemieken die Loeff en Struycken in de vroege twintigste eeuw met elkaar voerden zijn beide noties duidelijk herkenbaar. Zoals hierboven in hoofdstuk 3 reeds uiteengezet vindt de organische visie op de trias van Hegel en Stahl daarbij een juridische vertaling in de visie van Struycken. Loeff daarentegen geeft als geen ander een positivistische invulling aan het 'primaat van de wetgever' zoals dat werd verdedigd door filosofen als Rousseau en Kant. Daarin volgt Loeff Labands formele visie op de rechtsstaat als een 'Regierung der Gesetze' die maakt dat het individu alleen nog gebonden is aan 'die kahlen Gesetze des Denkens' die het zichzelf heeft opgelegd.<sup>76</sup> In Labands stelsel kan de staat van zijn subjecten dan ook 'keine Leistung und keine Unterlassung fordern als auf Grund eines Rechtssatzes'. De formele wettenstaat die zo ontstaat is voor Laband 'das Merkmal des Rechtsstaates im Gegensatz zur Despotie'.<sup>77</sup> Kortom: Labands positivismisme berust nadrukkelijk op de 'Achtung und Erhaltung personaler Freiheit als der Grundlage eines Staates, in dem der Mensch sein Leben in echter Selbstbestimmung ohne zwangsweise Entfremdung und Direktion seines Daseins zu führen vermag'.<sup>78</sup> Een dergelijke op individuele autonomie geënte bevelstheorie van het recht is met Montesquieus op intersubjectieve gebondenheid gefundeerde theorie van gedeelde soevereiniteit en machtsevenwicht niet in overeenstemming te brengen. Van Montesquieus leer wil Laband dan ook niets weten. 'Eine Kritik dieser Lehre, welche die Einheit des Staates zerstört' kan wat Laband betreft achterwege blijven, 'da in der deutschen politischen und staatsrechtlichen Literatur über die Verwerflichkeit dieser Theorie fast vollkommenes Einverständnis besteht'.<sup>79</sup>

Anders dan in de theorie van Montesquieu dient volgens Laband aan het oppergezag van de wetgever op geen enkele wijze afbreuk te worden gedaan. 'Die Akte der Gesetzgebung', schrijft hij bijvoorbeeld, 'sind [...] unverantwortliche und auf freier Willensbestimmung beruhende, und zwar sind sie *auch der Rechtsordnung selbst gegenüber freie*'. Want hoewel de verschillende bij wetgeving betrokken actoren bij al

<sup>75</sup> Stahl 1845, deel 2, band 2, p. 203.

<sup>76</sup> Wilhelm 1958, p. 79.

<sup>77</sup> Laband 1911 [1876], deel 2, p. 186; vgl. ook Böckenförde 1969, p. 65-66.

<sup>78</sup> Scheuner 1968, p. 489. Zie ook Baratta 1979, p. 6.

<sup>79</sup> P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen: Mohr 1887, deel 2, p. 7; in de elders in dit proefschrift gebruikte vijfde druk uit 1911 is deze passage verwijderd.

hun handelingen aan het bestaande wettenrecht gebonden zijn, komt hen gezamenlijk de bevoegdheid toe dit wettenrecht ‘unter Beobachtung der dafür vorgeschriebenen Formen abzuändern’. Kortom: ‘der Wille des gesetzgebenden Organs ist dem Recht gegenüber der stärkere; das bisher geltende Recht muß ihm gegenüber weichen’. Anders dan in de leer van Montesquieu, waarin ook de wetgever gebonden is aan voorpositief recht, beschikt deze in het stelsel van Laband over een ‘volle Freiheit’ die op geen enkele manier wordt beperkt door het bestuur of de rechter.<sup>80</sup> ‘[D]as spezifische Wirken der Staatsgewalt, das Herrschen’ komt ongedeeld tot uiting in de ‘Sanktion des Gesetzes’; als bron van het wetsbevel is de wetgever ‘der alleinige Träger der ungeteilten und unteilbaren Staatsgewalt’.<sup>81</sup> Ter voorkoming van machtmisbruik neemt het bestuur in organisatorische zin weliswaar een eigen positie in, maar bij al zijn handelingen beweegt het zich strikt binnen de door de wetgever gestelde grenzen.<sup>82</sup> Iets soortgelijks geldt voor de rechterlijke macht, die onafhankelijk opereert maar handelingen van burgers en overheden slechts dient te toetsen aan de wet en aan niets anders.<sup>83</sup>

In zijn proefschrift en wetsontwerp sluit Loeff daarbij aan. Met een evenwicht tussen onderling gelijkwaardige machten, zoals geschetst door Montesquieu, heeft het door Loeff voorziene stelsel dus niets te maken; in plaats daarvan gaat hij uit van de ongedeelde soevereiniteit van de wetgever, waarbij het bestuur en de rechter slechts fungeren als noodzakelijk praktisch complement. Van rechterlijke rechtsvorming kan daarbij geen sprake zijn. ‘Het gebied der rechtspraak’ kan volgens Loeff ‘niet reiken buiten [het] door den Staat geschapen rechtssysteem’ en omvat derhalve alleen de toepassing van geschreven algemene regels op bijzondere gevallen.<sup>84</sup> Alleen voor zover de rechterlijke macht zich beperkt tot de subsumptie van bijzondere gevallen onder wettelijke regels valt zij in overeenstemming te brengen met het door Loeff veronderstelde statelijke ‘hoogheidsgezag’. Daarbij dient de rechter steeds in acht te nemen dat ‘de Overheid [...] binnen haren kring de hoogste macht in den Staat’ vertegenwoordigt. Dat wil zeggen: in hun bestuurlijke werkzaamheden belichamen de ‘feilbare wezens’ die tot het bestuur behoren de almacht van de staat, zodat de verhouding tussen bestuur en burger nadrukkelijk een verticale is. ‘Elken tegenstand, haar geboden, vermag [de Overheid] neer te werpen; elken dwang, haar aangedaan, desnoods met geweld te breken’. Voor zover het publiekrechtelijke verhoudingen betreft, is voorafgaand en alomvattend rechterlijk toezicht op ‘de handelingen der Overheid’ daarom uitgesloten. ‘Publiek recht vergunt [...] aan de Overheid eigenrichting’, die niet *integraal*, maar slechts *marginiaal* vatbaar is voor rechterlijke controle *ex post*; een meer omvattende toetsing zou de overheid ernstig hinderen in de ‘richtige vervulling harer taak’.<sup>85</sup>

Daarbij realiseert Loeff zich terdege dat ‘het publiek recht groote ruimte aan het vrije oordeel der uitvoerende organen’ vergunt. Nu eens mag een bestuursorgaan ‘handelen,

80 Laband 1911 [1876], deel 2, p. 172-173.

81 Laband 1911 [1876], deel 2, p. 5.

82 Vgl. o.a. Van den Berg 2003, p. 138.

83 Laband 1911 [1876], deel 2, p. 174; vgl. ook Mayer 1895, p. 54 e.v.

84 Loeff 1887, p. 62.

85 *Wettelijke maatregelen tot regeling der administratieve rechtspraak*, Den Haag: Belinfante 1906, p. 64-68 (MvT).



indien het dat geraden acht'; dan weer 'behoedt het alleen te handelen, of behoedt het alleen op zekere wijs te handelen, niet als bepaalde omstandigheden aanwezig, maar als als *naar zijn oordeel* bepaalde omstandigheden aanwezig zijn'. Daarnaast onderscheidt Loeff gevallen waarin de administratie bestuur bevoegd is 'aan besluiten, die zij nemen moet, naar eigen en vrij inzicht bepaalde voorwaarden te verbinden'. Kortom: 'in schakeeringen zonder tal' heeft de wet de bevoegdheid van het bestuur erkend 'in meer of mindere mate, ongebonden door wettelijke dwang, naar goedgevonden te handelen'. Binnen de ruimte van dat *vrije goedgevonden* is de overheid niet aan het recht onderworpen. Wanneer de overheid haar bevoegdheden 'binnen de door de wet gestelde grenzen heeft gebruikt', zijn haar 'besluiten, handelingen en wegeringen' derhalve onaantastbaar; alleen bij 'overschrijding van haar vrij gebied' heeft de overheid in Loeffs stelsel van de rechter iets te vrezen. Evenmin behoeft zij te duchten dat de rechter haar zal verplichten tot het nemen van bepaalde besluiten of het verrichten van bepaalde handelingen; wanneer er op grond van de *wet* geen alternatieven zijn, kan de rechter het bestuur iets gelasten te doen of na te laten. Op geen enkele wijze dient administratieve rechtspraak er volgens Loeff dus toe te leiden dat 'het vrije oordeel' van het bestuur wordt verkort. De autonome vrijheid van individuele burgers, zo redeneert hij, dient slechts te worden ingeperkt door een 'Regierung der Gesetze' en door niets anders.<sup>86</sup>

## 6. MARGINALE TOETSING

De vrees voor juridisering van het openbaar bestuur enerzijds en de idee van een 'primaat' aan de kant van de wetgever anderzijds spelen ook bij de ontwikkeling van de bestuursrechtelijke marginale-toetsingsleer een belangrijke rol. In zijn oratie ter aanvaarding van het hoogleraarschap aan de VU in 1959 werd 'marginale toetsing' als term gemunt door H.D. van Wijk. Naar het voorbeeld van Struycken spreekt hij in zijn rede over 'de voortgaande terugtred' van de wetgever die voor de opkomst van de sociale rechtsstaat kenmerkend is. In de moderne tijd, zo constateert Van Wijk, ontwikkelt de overheid zich steeds meer tot een partij die in het maatschappelijk leven een actieve taak vervult. Daardoor is de wetgever minder dan voorheen bij machte om voldoende exact aan te geven wat haar bij de vervulling van die taak 'is toegestaan of verboden'. Sterker nog: in een tijd waarin het bestuur niet zo zeer *tegenover* de maatschappij, maar als een actor *in* de maatschappij moet worden gedacht, treedt de wetgever bij de regeling van overheidsoptreden steeds vaker bewust terug. De afstand tot de concrete maatschappelijke omstandigheden waarin het bestuur zijn taak vervult, is in het moderne rechtsleven voor de wetgever immers te groot om alles vooraf tot in detail te kunnen regelen; daarom volstaat hij veelal met een algemene normstelling die door het bestuur zelf nader dient te worden ingevuld.<sup>87</sup>

Hoe dient de rechter nu op deze 'voortgaande terugtred' van de wetgever te reageren? In het administratieve recht, zo redeneert Van Wijk, dient de rechterlijke omgang met

86 *Wettelijke maatregelen tot regeling der administratieve rechtspraak*, Den Haag: Belinfante 1906, p. 71-72 (MvT); vgl. o.a. Van den Berge 2014a, p. 80-88 en Van den Berge 2015b, p. 57-70.

87 Van Wijk 1974 [1959], p. 99-100; vgl. voor dezelfde ontwikkeling, meer uitgebreid, Klap 1994.



‘vage normen’ in beginsel een andere te zijn dan in het privaatrecht. Waar, bijvoorbeeld, de wetgever in het Burgerlijk Wetboek aan bruikleners de niet verder gespecificeerde verplichting oplegt ‘als een goed huisvader’ voor de bewaring van het geleende zorg te dragen, handelt hij slechts ‘uit onmacht’ om nader te omschrijven wat hem voor ogen staat. Hij zou willen zeggen: ‘ik weet het wel, en gij, burger, zult het als ge er voor komt te staan ook wel weten’; slechts de ‘grote variaties in de feitelijke situaties’ maakt dat hij ‘niet met een meer concrete norm alles samen [kan] omvatten’. Als antwoord op een aldus ‘terugtrekkende wetgever’ past volgens Van Wijk een ‘oprukkende rechter’, die voorkomt dat er een leemte ontstaat in de rechtsbescherming. Maar bij de uitvaardiging van een bestuursrechtelijke vage norm zou de wetgever veelal willen zeggen: ‘ik wéét het nog niet, de afstand tot de feitelijke situatie is nog te groot’, zodat hij meer concrete normstelling bewust delegeert aan het bestuur. Naarmate de wetgever in die zin terugtreedt ‘moet ook de rechter terugtreden, gelijk het spiegelbeeld wijken moet van de persoon die zich van de spiegel verwijdt’.<sup>88</sup>

Geheel in lijn met de gemene rechtsleer kent Van Wijk daarbij aan het bestuursrecht een artificieel karakter toe, terwijl hij het privaatrecht omschrijft als ‘het oude klare recht’ dat uit de samenleving zelf voortkomt en waarvan de wetten niet zozeer de bron, maar veeleer de geschreven weerslag zijn. Het administratieve recht, daarentegen, is ‘door de voortschrijdende wetgever’ bewust in het leven geroepen als ‘complement op al het oude klare recht’. Daarbij zou gaandeweg het inzicht zijn verworven dat ‘een rechtvaardige ordening der samenleving niet [is] te verwezenlijken zonder dat een omvangrijke taak daartoe in handen wordt gelegd van organen der administratie’.<sup>89</sup> Met het oog op die ontwikkeling dient de idee van het administratieve recht als waarborg *tegen* de overheid plaats te maken voor een opvatting volgens welke het bestuursrecht veeleer geldt als instrument in handen *van* de overheid. In steeds toenemende mate geeft de wetgever de overheid daarom algemene bevoegdheden mee ‘op grond waarvan telkens *in concreto* door haar naar eigen inzicht de beperking onzer vrijheid wordt bepaald’.<sup>90</sup> Het bestuur zou op die manier beschikken over een door de wetgever voorziene discretionaire ruimte die door de rechter alleen *aan de randen* (dat wil zeggen: *marginaal*) kan worden getoetst. ‘In het veld van het vrije goedvinden’, schrijft Van Wijk, ‘is bewegingsvrijheid voor de administratie, daar zijn wegen bij voorbaat uitgezet en geen bakens geplaatst’. Alleen wanneer het bestuur de ‘uiterste perken te buiten’ gaat is plaats voor toetsing aan algemene behoorlijkeheidsnormen als *grensbeginselen*, waarbij Van Wijk met name denkt aan het willekeurverbod en het specialiteitsbeginsel. Anders dan in het burgerlijke recht dient de rechter zich daarbij niet op te stellen als ‘*scheidsrechter*’, maar alleen als ‘*grensrechter*’; slechts voorbij de ‘zoom van het vrije goedvinden van de administratie’ komt hem een oordeel toe.<sup>91</sup>

Evenals Loeff gaat Van Wijk dus uit van wettelijk afgebakend ‘freies Ermessen’ waarbinnen het bestuur in een ‘juridisch vacuüm’ opereert; voor zover zij binnen de ‘uiterste perken’ van haar bevoegdheden blijft, is het handelen van de overheid

88 Van Wijk 1974 [1959], p. 99.

89 Van Wijk 1974 [1959], p. 99-101.

90 Van Wijk 1974 [1959], p. 103.

91 Van Wijk 1974 [1959], p. 105-111.

voor rechters immers onaantastbaar. Anders dan Loeff erkent Van Wijk evenwel met Struycken dat burgers met een dergelijke marginale bescherming tegen overheidsoptreden nauwelijks iets opschieten. De omvang van de individuele rechtsbescherming ‘welke de administratiefrechtelijke normen bieden, houdt [...] niet gelijke tred met de behoefte aan zulke bescherming van de betrokken individuen’<sup>92</sup> zo signaleert Van Wijk. Integendeel: de behoefte aan bescherming tegen de overheid is met de terugtred van de wetgever en het daardoor steeds ruimere vrije administratieve goedvinden juist sterk toegenomen. Juist daarom is het volgens hem zaak in te zien dat de vereiste bescherming ‘niet kan worden geboden door de gewone rechter of door een administratieve rechter, geschapen naar het beeld van de gewone rechter’, die immers slechts een beperkte rol aan de zijlijn zou kunnen vervullen. Anders dan de rechter heeft het bestuur zelf aan ‘klare normen’ geen gebrek. Juist in het bestuurlijke ‘middengebied’ [...], dat voor de wetgever van de ene kant en voor de rechter van de andere kant niet bereikbaar is, zou ‘het spel’ van onderlinge belangenafweging ‘veelszins het gevoeligst’ zijn. Alleen in administratief beroep kan dat ‘middengebied’ ten volle worden bestreken. Anders dan de ‘niet-verantwoordelijke’ rechter is de Kroon, die opereert onder verantwoordelijkheid van de ministers aan het parlement, ook bij gebrek aan heldere juridische normen in staat tot een ‘goede, een rechte beslissing’ te komen, zodat de ‘terugtred van de wetgever’ althans achteraf zou kunnen worden geneutraliseerd.<sup>93</sup>

Van Wijks marginale toetsingsleer hangt dus aan de ene kant samen met een verondersteld ‘primaat van de wetgever’ en valt aan de andere kant niet los te zien van het beeld van het bestuur als in de rechtsgemeenschap zelf gewortelde ‘zedelijke macht’ die niet zozeer *tegenover*, maar *naast* burgers moet worden gedacht. De idee van de staat als ‘zedelijke eenheid’ is daarbij op de achtergrond geraakt, maar klinkt in het hardnekkige dubbele beeld van bestuurders als in de maatschappij gewortelde *participanten* enerzijds en rechters als relatieve buitenstaanders anderzijds nog duidelijk door. Kort na de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht, bijvoorbeeld, verscheen het beruchte rapport van de werkgroep-Van Kemenade, waarin een aantal bestuurders zich zeer kritisch uitliet over de ‘juridisering van het openbaar bestuur’. In de nieuwe situatie is naar de indruk van de werkgroep een ‘regeldichtheid’ ontstaan ‘die elke flexibiliteit van beleid onmogelijk maakt’, waardoor het bestuur niet meer goed in staat zou zijn ‘om uiteenlopende belangen en opvattingen te integreren tot een algemeen belang in concrete steeds wisselende situaties’.<sup>94</sup> Doordat de rechter zijn taak te vaak ‘op een voor het bestuur nadelige wijze uitoefent’<sup>95</sup> wordt de ‘slagvaardigheid van de overheid’ ernstig beperkt, met alle nadelige gevolgen voor het algemeen belang van dien.

De werkgroep-Van Kemenade verzette zich onder meer tegen de vrijheid die vooral lagere bestuursrechters zich zouden permitteren tot vernietiging van ‘democratisch genomen besluiten op inhoudelijke gronden’. Dat het bestuur verschillende bij het besluit betrokken belangen op een onjuiste wijze tegen elkaar heeft afgewogen kan de rechter volgens de werkgroep onmogelijk op geloofwaardige wijze bepalen. In de visie

92 Van Wijk 1974[1959], p. 102; vgl. Struycken 1910, p. 18.

93 Van Wijk 1974[1959], p. 105-106.

94 Werkgroep-Van Kemenade 1997, p. 2.

95 Werkgroep-Van Kemenade 1997, p. 7.

van de werkgroep gaat ‘de rechter dan op de stoel van het bestuur zitten zonder daartoe democratisch gelegitimeerd te zijn’, zodat de ‘trias politica’, begrepen als een ‘scheiding der machten’, de nek wordt omgedraaid en de rechtsstaat’ afglijdt tot een ‘rechtर्सstaat’. De overheid is wat de werkgroep betreft veel meer dan slechts ‘één van de vele marktpartijen’ wier handelen onder volle controle staat van een ‘niet-gekozen onafhankelijke rechter’.<sup>96</sup> Het ‘essentiële politieke primaat van het openbaar bestuur’ zou niet verdragen dat het ‘ten gunste van de rechterlijke macht’ wordt uitgehold door evenredigheid als rechterlijke toetsingsnorm. Daarom stelt de werkgroep voor het in de Awb als artikel 3:4 lid2 gecodificeerde evenredigheidsbeginsel zo op te vatten dat van rechterlijke vernietiging slechts sprake kan zijn wanneer de bestuurlijke belangenafweging als een ‘daad van willekeur’ is aan te merken.<sup>97</sup> In geen geval zou een situatie mogen ontstaan waarin ‘de rechter het afwegen van belangen van het bestuur overneemt’; in de moderne rechtsstaat is het immers slechts ‘de taak van [...] de overheid [...] en het openbaar bestuur om deelbelangen af te wegen en tot besluitvorming te komen’. De idee van evenredigheid als zelfstandige rechterlijke toetsingsnorm zou leiden tot een ontoelaatbare ‘verplaatsing van de besluitvorming over de inrichting van onze samenleving’ van bestuur en wetgever naar ‘onafhankelijke rechter, die daartoe niet geëquipeerd en niet aanspreekbaar is’.<sup>98</sup>

## 7. DE RUIMTE VAN HET RECHT

Zowel het door sommigen veronderstelde ‘primaat van de wetgever’ als de idee van het bestuur als een in de rechtsgemeenschap zelf gewortelde ‘zedelijke macht’ leeft in de marginale-toetsingsleer derhalve duidelijk door. De opvatting van de staat als ondeelbaar ‘zedelijk organisme’ is daarbij op de achtergrond geraakt, maar laat zich nog altijd voelen in het hardnekkige dubbele beeld van bestuurders als in de maatschappij gewortelde *participanten* enerzijds en rechters als relatieve buitenstaanders anderzijds. Al in de late negentiende eeuw werden bij de organische opvatting van de staat als zedelijk wezen door velen vraagtekens gezet. ‘Men houde het mij ten goede’, schrijft Reuijl bijvoorbeeld, ‘dat ik mij dit ‘wezen’ niet duidelijk voor oogen kan stellen’.<sup>99</sup> Inmiddels is de organische staatsleer nog veel verder naar de achtergrond gedrongen. Met hedendaagse noties van pluralisme en differentiedenken staat het concept van een dwingende gedeelde zedelijkheid op gespannen voet. ‘La société démocratique’, schrijft Claude Lefort, ‘s’institue comme société sans corps, comme société qui met en échec la représentation d’une totalité organique’.<sup>100</sup> Met de door denkers als Hegel zozeer gevreesde *versplintering* van de staat heeft de neergang van de organische staatsleer niet per se iets te maken, wel met de moderne overtuiging dat van een eenduidig ‘archimedisches punt’ ter identificatie van een ‘algemene zedelijkheid’ geen sprake kan zijn. Wat een moderne ‘Sittlichkeit’ behelst, kan niet langer worden afgeleid van een geheimzinnige metafysica, maar dient

<sup>96</sup> Werkgroep-Van Kemenade 1997, p. 31-32.

<sup>97</sup> Werkgroep-Van Kemenade 1997, p. 79.

<sup>98</sup> Werkgroep-Van Kemenade 1997, p. 4.

<sup>99</sup> Reuijl 1886, p. 55.

<sup>100</sup> Lefort 1986, p. 28.

het resultaat te zijn van een publiek debat dat nooit voltooid is.<sup>101</sup> Zij is in een moderne democratie geen mystiek gegeven, maar ‘principeel ongrijpbaar’, waarbij ‘de ruimte van macht, soevereiniteit en algemeen belang’ met Lefort kan worden voorgesteld als ‘un lieu vide’ die niet op voorhand reeds vanuit een centraal punt kan worden ingevuld.<sup>102</sup> In weerwil van organische denkers als Hegel en Stahl betekent dat niet dat zij daarmee geen integratieve functie meer zou kunnen vervullen. Integendeel: juist de open ruimte maakt een voortdurend onderling gesprek noodzakelijk over de wijze waarop juridische beginselen concreet gestalte dienen te krijgen.<sup>103</sup>

Ook het door sommigen veronderstelde ‘primaat van de wetgever’ spreekt in een moderne rechtsstaat niet langer vanzelf. In hun pogingen het individu te bevrijden uit feodale verhoudingen gingen verlichte filosofen als Locke en Kant uit van ‘het autarke rechtssubject’, dat beschikt over een ‘autonome rechtsbevoegdheid in het samenhandelen met zijn medesubjecten’.<sup>104</sup> In het privaatrecht vertaalde zich dat in een sterke nadruk op de wilsvrijheid en zelfbeschikking van het privaatrechtelijke rechtssubject als ‘kleine soeverein’. De idee van een ‘primaat’ van de wetgever als ‘grote soeverein’ is van die autonome rechtsopvatting de logische consequentie.<sup>105</sup> Al sinds de vroege twintigste eeuw wordt in het privaatrecht vrij algemeen erkend dat privaatrechtelijke bevoegdheden nooit geheel op zichzelf staan, maar steeds principeel zijn onderworpen aan de concrete *verhoudingen* waarbinnen zij worden uitgeoefend. In het publiekrecht, daarentegen, bleef de autonome leer langer bestaan. Wat het Nederlandse bestuursrecht betreft valt dit voor een belangrijk deel toe te schrijven aan de ‘gemene rechtsleer’, volgens welke het privaatrecht geldt als het collectieve ‘rechtsbewustzijn’ van een bepaalde rechtsgemeenschap en het publiekrecht als het ‘bevel’ van de wetgever waarmee dat rechtsbewustzijn desgewenst opzij kan worden geschoven.<sup>106</sup> De notie van een ‘kleine soeverein’ maakte op die manier plaats voor de ‘relationele’ idee van essentiële verbondenheid van het privaatrechtelijke rechtssubject met anderen. Het beeld van de wetgever als de ‘grote soeverein’, in wie de absolute autonomie van individuele burgers als het ware is samengebald, bleef intussen tamelijk onverstoord overeind.<sup>107</sup>

De ‘autonome’ opvatting van publiekrecht is onder andere weergaloos bestreden door Foqué en ’t Hart, die in hun monumentale gezamenlijke studie uitgaan van ‘verbondenheid [...] met anderen en met de sociale context als zodanig’ als de kern van het ‘feitelijke handelen en functioneren’ van de mens. Derhalve beschrijven zij het publiekrecht niet als de kunstmatige schepping van een autonome wetgever, maar primair als ‘het spontane product’ van een maatschappelijke werkelijkheid die aan het recht ten grondslag ligt. Zoals subjectieve rechten van individuen in het privaatrecht pas werkelijk gestalte krijgen binnen een bepaalde rechtsverhouding, kan de reikwijdte van publiekrechtelijke bevoegdheden slechts worden bepaald in de context van een specifieke relatie tussen overheid en

101 Vgl. o.a. Honneth 2013, p. 471 e.v.; zie ook hierboven, hoofdstuk 3, §10.

102 Lefort 1981, p. 172-173.

103 Foqué 1992, p. 29-30.

104 Foqué 1992, p. 23.

105 Foqué 1992, p. 19.

106 Hamaker 1913 [1894], p. 162.

107 Hamaker 1913 [1894], p. 148. Zie ook hierboven, hoofdstuk 5, §2 en 3.

burger.<sup>108</sup> Het oude model van publiekrecht was gericht op ‘restloze objectivering’ van de onderdanen ten opzichte van de onkwetsbare en soevereine subjectiviteit van de macht, of die nu gecentreerd is in het ‘mystieke lichaam’ van de staat of in de ‘algemene wil’ van de burgers. In plaats van een dergelijk ‘subject-objectmodel’ pleiten Focué en ‘t Hart voor een *relationeel* publiekrecht als ‘voorwaarde voor een [...] aanvaardbare maatschappelijke orde’.<sup>109</sup> Aan de waarde die het recht dient toe te kennen aan wilsvrijheid en zelfbeschikking doet die relationele opvatting op zichzelf niets af; zij benadrukt slechts dat publiekrechtelijke bevoegdheden nooit absoluut zijn, maar steeds worden uitgeoefend binnen een complex van concrete *verhoudingen* waarvan nimmer geheel mag worden geabstraheerd. Dat geldt zelfs voor de wil van het volk als ‘grote soeverein’. De democratie, legt Lefort uit, is een stelsel ‘dans laquelle le peuple sera dit souverain, certes, mais où il ne cessera de faire question en son identité’.<sup>110</sup> Met andere woorden: zij berust op een ‘geinstitutionaliseerd conflict’ waarbij de inhoud van de algemene wil een voortdurend onderwerp van discussie is. Niemand is van nature voorbestemd om ‘namens het volk’ te spreken, zodat de ‘wil van het volk’ ontsnapt aan iedere definitieve bepaling.<sup>111</sup>

De ‘wederkerige’ visie op bestuursrecht van auteurs als Hirsch Ballin is aan een dergelijke ‘relationele’ opvatting van het publiekrecht nauw verwant. In zijn geschriften over ‘rechtsstatelijk bestuursrecht’ richt Hirsch Ballin zich vooral tegen het concept van een bestuurlijk ‘freies Ermessen’. Het gebruik van ‘discretionaire’ publiekrechtelijke bevoegdheden dient volgens Hirsch Ballin niet *in abstracto* te worden gezien, maar altijd vanuit de context van de concrete verhoudingen waarbinnen zij worden uitgeoefend. Publiekrechtelijke bevoegdheden bieden in die visie het bestuursorgaan niet de mogelijkheid de rechtsbetrekking geheel te bepalen, maar zijn slechts een middel om aan een reeds bestaande rechtsverhouding nader vorm te geven. Van een bestuursrechtelijk uitzonderingsgebied, waarbinnen bestuursbevoegdheden aan rechtsonderworpenheid zijn onttrokken, is geen sprake; in plaats daarvan pleit Hirsch Ballin voor een rechtsopvatting volgens welke ongeschreven beginselen de relatie tussen overheid en burger geheel juridiseren. Daarbij stelt hij onder andere dat de aandacht in het bestuursrecht niet langer uitsluitend zou mogen uitgaan naar de ‘omgrenzing van de bevoegdheid van de overheid, burgers te binden’, maar op de *gehele* bestuursrechtelijke rechtsbetrekking *waarbinnen* dergelijke besluiten worden genomen. De rechtsbetrekking kan daarbij niet worden gereduceerd tot de publiekrechtelijke rechtshandeling alleen; ook los van een bepaalde te nemen beslissingen legt het recht ‘verplichtingen op [...] aan het bestuursorgaan inzake de procedure en de belangenafweging’ die nodig zijn om te komen tot een bepaalde beslissing.<sup>112</sup> Van een ‘rechtvacuüm’ waarbinnen het bestuur binnen vooraf bepaalde grenzen van rechtmatigheid kan doen wat het goedgevindt, kan in dat geval nooit sprake zijn.

Voor een opvatting van de trias waarbij aan een van de partijen een primaat wordt toegekend, is in de relationele rechtsopvatting geen plaats. Evenmin gaat zij uit van *recht*

108 Focué & ‘t Hart 1990, p. 209-210.

109 Focué & ‘t Hart 1990, p. 122.

110 Lefort 1981, p. 173.

111 Vgl. Loose & Van Haute 1992, p. 21.

112 Hirsch Ballin 1989, p. 2.

en *beleid* als rigoureus gescheiden domeinen, waarvan de grenzen door de actoren in de trias strikt in acht moeten worden genomen. Zowel het privaat- als het publiekrechtelijke rechtssubject geldt volgens Foqué niet langer als de ‘autonomo scheppende auteur [*auctor*] van zijn handelen’, maar nog slechts ‘als *actor*, dat wil zeggen als *acteur* op de scène van een hertekende [...] ruimte’ die in voortdurend ‘*samenspel* met andere actoren’ nader wordt ingevuld.<sup>113</sup> Een stringente *scheiding* der machten, waarbij elk van de actoren uitsluitend zijn eigen stoel bezet, maakt dergelijk *samenspel* onmogelijk. Daarom zou een ‘theorie van rechtsstatelijkheid’ nodig zijn die een voorbeeld neemt aan Montesquieus ‘filosofische grondhouding’ van gematigdheid en onderlinge balans.<sup>114</sup> De principiële leegte van de juridische ruimte vereist ‘het institutionaliseren van gedeelde soevereiniteit door intern machtsevenwicht’, waarbij de verschillende actoren binnen de trias een voortdurende onderlinge dialoog voeren en niet al te zeer aan hun eigen stoel blijven kleven. Alleen wanneer de geest van Montesquieus gematigde constitutionalisme ‘alle bloedvaten van het bestel [...] doorstroomt’ is gewaarborgd dat het ‘kompas’ gericht blijft op ‘machtskritische evenwichten, op grondrechten en algemene beginselen van behoorlijkheid’.<sup>115</sup> Dat betekent allemaal niet dat de wetgever, de rechter en het bestuur geen onderscheiden posities meer innemen. Integendeel: in hun ‘samenstel’ heeft elk van deze actoren een eigen taak. De rechtsstatelijkheid van het bestel als geheel berust uiteindelijk echter niet op de ‘legitimiteit van een van deze drie’, maar op die van hun onderlinge verhouding in een stelsel van ‘le pouvoir arrête le pouvoir’ dat de eenheid van de rechtsgemeenschap niet verzwakt, maar juist versterkt.<sup>116</sup>

## 8. VAN MAXIS EN PRAXIS NAAR ALCOHOLSLOTPROGRAMMA

Op grond van dergelijke overwegingen en onder voortdurende verwijzing naar de toetsings-systematiek van het Duitse en Europese recht werd rondom de inwerkingtreding van de Awb door velen gepleit voor een herziening van de marginale toetsingsleer. Behalve aan de geschriften van Hirsch Ballin valt daarbij met name te denken aan de dissertatie van De Moor-Van Vugt, waarin zij in 1995 de hoop en de verwachting uitsprak dat het in de Awb gecodificeerde evenredigheidsbeginsel aanleiding zou geven tot een meer op de concreet betrokken belangen en omstandigheden toegesneden evenredigheidstoets door de bestuursrechter.<sup>117</sup> De in verhouding tot de Wet Arob meer ‘relationele’ grondslag van de Awb gaf daartoe ook wel enige aanleiding. Bovendien stelt de memorie van toelichting bij de eerste tranche van de Awb dat het evenredigheidsbeginsel zoals gecodificeerd in de Awb een bredere betekenis heeft dan het willekeurverbod zoals dat als artikel 8 lid 1 onder c was opgenomen in de Wet Arob. Het nieuwe artikel 3:4 lid 2 vereist immers een redelijke ‘doel-middelverhouding’, wat volgens de wetgever iets anders is dan de ‘buiten de taak van de rechter gelegen beoordeling welke inhoud van een bepaalde beschikking redelijk is’. Bij de nieuwe en verruimde formulering van de evenredigheidseis liet de wetgever

<sup>113</sup> Foqué 1992, p. 29.

<sup>114</sup> Foqué 2006, p. 12.

<sup>115</sup> Foqué 2014, p. 215-216.

<sup>116</sup> Vgl. Hirsch Ballin 2015a, p. 28.

<sup>117</sup> De Moor-van Vugt 1996, p. 222-223; p. 268.



zich naar eigen zeggen rechtsreeks inspireren door het in het Duitse en Europese recht ontwikkelde evenredigheidsbeginsel, dat in Schermers' woorden onder meer inhoudt dat 'the means used by the authorities must be in proportion to their purpose'.<sup>118</sup> Het tweede lid van artikel 3:4, dat vereist dat de gevolgen van een besluit 'niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen', is op die frase duidelijk een variant, zij het dat het directe gebod van Schermers ('must') niet voor niets is vervangen door een dubbele ontkenning.<sup>119</sup>

In *Maxis en Praxis* uit 1996 boorde de Afdeling bestuursrechtspraak de hoop op herziening van de marginale-toetsingsleer echter de grond in. In de uitspraak boog de Afdeling zich over een zaak waarin grootgrutter Maxis en doe-het-zelfketen Praxis opkwamen tegen een aan woongigant Kwantum verleende vergunning tot het openen van een winkel op een industrieterrein nabij Venlo. In eerste aanleg achtte de rechtbank de nadelige gevolgen van het besluit voor Maxis en Praxis, die op het terrein ook zelf een vestiging wensten te openen, 'onevenredig [...] ten opzichte van de met dat besluit te dienen doelen' en daarmee in strijd met artikel 3:4 tweede lid Awb, op grond waarvan hij de vergunning vernietigde. De Afdeling kon zich met die argumentatie evenwel niet verenigen. Met de codificatie van het evenredigheidsbeginsel zou de wetgever niet hebben beoogd 'de rechterlijke toetsing te intensiveren' ten opzichte van eerdere rechtspraak. De bepaling dat 'de nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen' is volgens de Afdeling slechts tot het bestuur zelf gericht biedt de rechter daarom geen zelfstandige juridische maatstaf. Inderdaad antwoordde de regering in de memorie van antwoord op vragen van enkele bezorgde Kamerleden van de GPV dat met de codificatie van het evenredigheidsbeginsel in de Awb niet werd beoogd te komen tot 'een meer stringente controle van de bestuurlijke belangenafweging dan thans reeds het geval is'.<sup>120</sup> 'Dit standpunt van de wetgever', stelt de Afdeling op docerende toon, 'is gebaseerd op de onderscheiden posities die de onafhankelijke rechter en het politiek verantwoordelijke bestuur in het staatsbestel innemen'. Dat een rechter zou kunnen beoordelen 'welke uitkomst van de belangenafweging als het meest evenwichtig moet worden beschouwd' zou daarmee uit den boze zijn. Alleen wanneer de bestuurlijke belangenafweging overduidelijk op willekeur berust is naar het oordeel van de Afdeling voor de rechter op dit punt een corrigerende rol weggelegd.<sup>121</sup>

In de literatuur is *Maxis en Praxis* zeer wisselend ontvangen. Enerzijds stellen critici als Tak dat de materiële toetsing van besluiten met uitspraken als *Maxis en Praxis* weinig meer voorstelt. Daarbij signaleert Tak dat onder het regime van de Awb nauwelijks nog besluiten op inhoudelijke gronden worden vernietigd, terwijl de bedoeling van de wetgever toch op zijn minst inhield dat de intensiteit van rechterlijke toetsing op bestuurlijke belangenafweging op zijn minst gelijk zou blijven. Op grond daarvan schrijft Tak aan bestuursrechters 'slappe knieën' toe, die het in de regel zouden begeven door de politieke

118 H.G. Schermers, *Judicial protection in the European Communities*, Deventer: Kluwer 1985, p. 65, geciteerd via *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 3, p. 70.

119 *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 3, p. 70; *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 8, p. 70; *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 5, p. 55.

120 *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 5, p. 55.

121 ABRvS 9 mei 1996, *JB* 1996/158, m.nt. F.A.M. Stroink (*Maxis en Praxis*).



druk zoals rechters die bijvoorbeeld zouden ervaren van de kant van de werkgroep-Van Kemenade.<sup>122</sup> Door Stroink daarentegen werd de uitspraak ('wellicht [...] tot nu toe de belangrijkste [...] onder het Awb-regime') met enthousiasme begroet. Wat hem betreft zet de Afdeling met *Maxis en Praxis* 'de juiste toon' voor zover het bestuur beleidsvrijheid toekomt. In het verleden fungeerde de Afdeling in zijn ogen soms wel als een soort 'bestuurder-plaatsvervanger; Stroink is verheugd dat daar nu een einde aan lijkt te zijn gekomen.<sup>123</sup> In de literatuur werd het belang van een terughoudende opstelling van de bestuursrechter onder meer verder uitgewerkt en theoretisch onderbouwd door Daalder en Schreuder-Vlasblom, die betogen dat de bestuursrechter 'de bestuurlijke rechtsvaststelling [niet kan] negeren door haar over te doen en zijn uitkomst als maatstaf voor de houdbaarheid van het besluit te hanteren'. Anders dan de burgerlijke rechter begint de bestuursrechter 'niet bij nul'; hij oordeelt immers over een besluit, dat wil zeggen, over een *erga omnes* genomen beslissing die onder verantwoordelijkheid van het bestuur en de wetgever is genomen in het algemeen belang. Daarom zou de bestuursrechter terughoudend moeten zijn; alleen bij kennelijke onredelijkheid zou hij zich mogen bemoeien met bestuurlijke belangenafweging.<sup>124</sup>

Steunend op die in *Maxis en Praxis* nog eens beklemtoonde logica hield het leerstuk van 'marginale toetsing' na de inwerkingtreding van de Awb aanvankelijk betrekkelijk onverstoorde stand. Pas recent lijkt daarin voorzichtig verandering te komen. In een recente uitspraak kwam de Afdeling bestuursrechtspraak bijvoorbeeld terug van een serie uitspraken waarin zij in beginsel geen grond zag voor een meer dan marginale toetsing van het opleggen van het zogeheten alcoholslotprogramma (asp) aan autobestuurders wegens rijden onder invloed. Voorheen oordeelde de Afdeling stevast dat de regeling van het asp als zodanig geen *criminal charge* behelst, zodat zij naar de 'hoofdregeel' van marginale toetsing slechts kan worden vernietigd wanneer de eraan ten grondslag liggende belangenafweging kennelijk onredelijk is. Zulks was volgens de Afdeling niet het geval. Ook in de incidentele gevallen waarin zij het opleggen van een asp wél als punitieve sanctie aanmerkte, achtte de Afdeling de eraan ten grondslag liggende belangenafweging vrijwel nooit onevenredig.<sup>125</sup> In haar uitspraak van 4 maart 2015 kwam de Afdeling echter tot het inzicht dat de minister bij de totstandkoming van de regeling 'de mogelijke ingrijpende gevolgen van de oplegging van het asp, die zich in de praktijk met regelmaat voordoen, niet afdoende heeft afgewogen', zodat de evenredigheid van de maatregel 'onvoldoende gewaarborgd' is. De regeling van het asp is daarom 'in strijd [...] met artikel 3:4, tweede lid, van de Awb' en 'derhalve onverbindend'.<sup>126</sup> Over de vraag of een dergelijke indringende evenredigheidstoets samenhangt met een kort ervoor gewezen arrest van de Hoge Raad waarin het asp wél reeds als zodanig als *criminal charge* wordt gekwalificeerd, laat de Afdeling zich niet uit.<sup>127</sup> Sommigen zien daarin een aanwijzing dat de Afdeling

122 Tak 2002, p. 1459-1462.

123 F.A.M. Stroink, noot bij ABRvS 9 mei 1996, *JB* 1996/158 (*Maxis en Praxis*).

124 Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000, p. 215.

125 ABRvS 23 oktober 2013, *JWR* 2013/110, m.nt. W.H. Regterschot, *AB* 2014/399, m.nt. R. Stijnen; ABRvS 23 april 2014, *ECLI:NL:RVS:2014:1409*; ABRvS 11 juni 2014, *JB* 2014/155; ABRvS 16 juli 2014, *JWR* 2014/80.

126 ABRvS 4 maart 2015, *AB* 2015/160, m.nt. R. Stijnen, r.o. 5.4.

127 Zie HR 3 maart 2015, *AB* 2015/159, m.nt. R. Stijnen, r.o. 4.3.3.

een meer contextuele koers uitzet, waarbij de intensiteit van de evenredigheidstoets niet meer eenduidig afhangt van de aanwezigheid van een punitieve sanctie, maar kan variëren al naar gelang de aard van de gevolgen die een besluit meebrengt voor concrete rechtssubjecten.<sup>128</sup>

Hoe het ook zij: het bestuursrechtelijke evenredigheidsbeginsel staat opnieuw in het brandpunt van de juridische discussie, waarbij een belangrijk scharnierpunt wordt gevormd door verschillende concepties van de *trias politica*. Ook in de discussie rondom het alcoholslotprogramma komt dat duidelijk naar voren. Barkhuysen en Van Emmerik juichen de uitspraak toe, zij het dat zij betreuren dat de Afdeling een ‘minimale benadering’ hanteert door ‘ter voorlichting’ in haar uitspraak te benadrukken dat de uitspraak geen betrekking heeft op oude en bestaande gevallen waarin de maatregel is opgelegd; daarbij zetten zij uiteen welke ‘juridische opties’ er in hun ogen bestaan om eerdere overtreders alsnog van de koerswijziging mee te laten profiteren.<sup>129</sup> In haar noot in *JB* is Bots evenwel uiterst kritisch; volgens haar valt de uitspraak niet te rijmen met de terughoudendheid die de bestuursrechter ten opzichte van de wetgever en het bestuur in acht zou moeten nemen. Blijkbaar, zo concludeert zij, achtte de Afdeling zich bevoegd zich uit te spreken over de wijze waarop ‘naar haar inzicht de wetgever het asp had moeten regelen’, zodat de uitspraak op gespannen voet zou staan met artikel 11 Wet algemene bepalingen, dat immers voorschrijft dat de rechter recht moet spreken volgens de wet en in geen geval ‘de innerlijke waarde of billijkheid van een wet’ dient te beoordelen. Ter adstructie van die stelling beroept Bots zich uitdrukkelijk op het leerstuk van marginale toetsing, dat aan een dergelijke bemoeienis met de wetgever en het bestuur in de weg zou staan.<sup>130</sup> Daarmee plaatst zij zich in een hardnekkige traditie van positivistisch georiënteerd ‘Nijmeegs staatsrecht’ die door Hirsch Ballin nu juist zo fel wordt bestreden.<sup>131</sup> Natuurlijk: het is de rechter verboden willekeurig te werk te gaan. Maar dezelfde Wet algemene bepalingen bepaalt in artikel 13 óók dat de rechter geen recht mag weigeren – wat hij in Hirsch Ballins ogen in feite doet wanneer hij het bestuur laat opereren in ‘juridisch ijle lucht’.<sup>132</sup>

## 9. GRONINGER GASWINNING, ASIELBESLUITEN EN WAV-ZAKEN

Het lijkt erop dat de omgang van de bestuursrechter met de ‘discretionaire beslissingsruimte van het bestuur’ ook in andere recente zaken beweging vertoont. Daarbij valt onder meer te denken aan een uitspraak van eind 2015 waarin de Afdeling zich boog over de gaswinning in Groningen.<sup>133</sup> In de jaren daarvoor was steeds duidelijker geworden dat langjarige gaswinning in Groningen leidt tot (een verhoogde kans op) hevige bodembewegingen en daardoor tot aanzienlijke schade aan in de winningsgebieden gelegen gebouwen en infrastructurele werken. Bovendien levert de gaswinning veiligheidsrisico’s op voor

128 Zie o.a. Jansen 2015.

129 Barkhuysen & Van Emmerik 2015, p. 676 e.v..

130 A.M.M.M. Bots, noot bij ABRvS 4 maart 2015, *JB* 2015/57, punten 3, 4 en 6.

131 Zie o.a. Hirsch Ballin 2015a, p. 11.

132 E.M.H. Hirsch Ballin 2015c, p. 103. Vgl. ook Witteveen 1988, p. 345-348.

133 ABRvS 18 november 2015, *JB* 2015/218, m.nt. R.J.N. Schlössels en D.G.J. Sanderink (*Groninger gaswinning*).

personen die zich in die gebieden ophouden. Die bevindingen resulteerden in politiek druk op de minister om de jaarlijks te winnen hoeveelheid gas sterk te reduceren of de Groninger gaswinning zelfs geheel te doen beëindigen. Anderzijds werd hij geacht toch ook rekening te houden met de collectieve belangen die aan gaswinning verbonden zijn. Daarbij valt niet alleen te denken aan de aardgasbaten, maar onder meer ook aan het belang van leveringszekerheid voor de huishoudens, bedrijven en anderen instellingen die van het gas in Groningen afhankelijk zijn. Binnen dat politieke spanningsveld stemde de minister uiteindelijk in met een totale jaarlijkse gaswinning uit de Groningse gasvelden van maximaal 33 miljard Nm<sup>3</sup>. Met die hoeveelheid zouden de nadelige gevolgen en veiligheidsrisico's van gaswinning kunnen worden beperkt zonder de leveringszekerheid in een relatief koud jaar in gevaar te brengen. Daarbij maakte de minister gebruik van de beslissingsruimte die hem toekomt op grond van artikel 36 Mijnbouwwet, op grond waarvan hij wegens aardbevingsrisico's zijn instemming met aardgaswinning door concessiehouder NAM kan weigeren of aan nadere voorschriften kan verbinden. Naar de appellanten in rechte betoogden legde de minister aan zijn uiteindelijke (tussentijds gewijzigde) instemmingsbesluit geen deugdelijke belangenafweging ten grondslag.

In haar toetsing van die belangenafweging stelt de Afdeling voorop dat zij haar eigen oordeel niet in de plaats dient te stellen van dat van de minister, die zijn oordeel immers mede zal laten afhangen van politieke keuzes waarvoor hij zich in de eerste plaats dient te verantwoorden aan het parlement. Dat laat onverlet dat zijn besluit door de rechter kan worden beoordeeld op eisen van zorgvuldigheid, motivering en evenredigheid. Daarbij overweegt de Afdeling expliciet dat de omstandigheid dat de afweging van de minister mede betrekking heeft op fundamentele rechten van de rechtzoekenden aan die eisen *in casu* een bijzonder gewicht geeft. '[D]e afweging van de minister', zo redeneert de Afdeling, 'dient [...] blijk te geven van een redelijk evenwicht tussen enerzijds de door de grondrechten beschermde belangen en anderzijds de betrokken algemene belangen'. Weliswaar beschikt de minister daarbij over een 'beoordelingsmarge', maar 'de toepasbaarheid van de grondrechten' brengt volgens de Afdeling met zich 'dat in deze zaak hoge eisen moeten worden gesteld aan de motivering van het besluit van de minister'.<sup>134</sup> In dat verband acht de Afdeling de afweging van de minister ondeugdelijk. Daarbij wijst de Afdeling met name op gebreken in de motivering ervan. Zo zou de minister ten onrechte aan zijn belangenafweging ten grondslag hebben gelegd dat de veiligheidsrisico's in het meest risicovolle deel van het gaswinningsgebied vergelijkbaar zijn met de in delen van het rivierengebied gelopen veiligheidsrisico's.<sup>135</sup> Daarnaast maakt de motivering van de minister naar het oordeel van de Afdeling onvoldoende duidelijk waarom de minister bij zijn afweging ter garantie van de leveringszekerheid uitgaat van een relatief koud jaar en de extra risico's daarbij voor lief neemt.<sup>136</sup> Op die gronden vernietigt de Afdeling het bestreden besluit en stelt zij er als voorlopige voorziening een in beginsel maximaal te

134 ABRvS 18 november 2015, *JB* 2015/218 m.nt. R.J.N. Schlössels en D.G.J. Sanderink (*Groninger gaswinning*), r.o. 16.2.

135 ABRvS 18 november 2015, *JB* 2015/218 m.nt. R.J.N. Schlössels en D.G.J. Sanderink (*Groninger gaswinning*), ro. 34.5.

136 ABRvS 18 november 2015, *JB* 2015/218 m.nt. R.J.N. Schlössels en D.G.J. Sanderink (*Groninger gaswinning*), ro. 31.14 en 34.6.

winnen hoeveelheid gas van 27 Nm<sup>3</sup> voor in de plaats, zijnde de hoeveelheid die in een ‘gemiddeld jaar’ nodig is ter garantie van de leveringszekerheid.<sup>137</sup>

Zoals verschillende commentatoren terecht betogen lijkt het oordeel van de Afdeling in *Groninger gaswinning* vanuit de klassieke logica van marginale en formele toetsing niet volledig te begrijpen. Zo constateren Bröring en Schilder in hun noot in *AB* dat de toets aan het motiveringsbeginsel sterk is ‘ingekleurd’ door de toepasselijkheid van fundamentele rechten zoals onder meer bedoeld in artikel 2 EVRM (recht op leven), artikel 8 EVRM (recht op respect voor het privéleven) en artikel 1 EP EVRM (recht op eigendom). Door het motiveringsbeginsel nadrukkelijk in de sleutel van die grondrechten te plaatsen en zeer strikt te hanteren blijft van de ‘vrije’ beslissingsruimte van de minister in feite nauwelijks iets over. In zoverre sluit de uitspraak in hun ogen goed aan bij ‘een begin van een trend’ waarin de intensiteit van rechterlijke toetsing meer dan voorheen afhankelijk is van de aard en het gewicht van de betrokken belangen.<sup>138</sup> Ook Schlössels en Sanderink zien in de uitspraak van de Afdeling meer dan alleen een ‘formele vernietiging’ van het bestreden besluit. In hun ogen is duidelijk dat de Afdeling in haar uitvoerige analyse ‘op veel punten’ ook ‘inhoudelijk doordringt in de besluitvorming’; te spreken over een louter formele vernietiging zou daarom te kort door de bocht zijn.<sup>139</sup> Desalniettemin is toch ook duidelijk dat de Afdeling voorsnog terugschrikt voor een al te directe toets aan materiële eisen van bestuurlijke belangenafweging. Een expliciete toets aan de vereisten van geschiktheid, subsidiariteit en proportionaliteit *sensu stricto* blijft daardoor ook in *Groninger gaswinning* uit. Dat betekent niet per se dat de Afdeling zich niet door die Duits-Europese systematiek heeft laten inspireren. Het lijkt er echter wel op te duiden dat zij er voorsnog toe neigt haar toevlucht bij de toetsing van politiek gevoeldige besluiten als in de gaswinningszaak te blijven zoeken bij beginselen die het inhoudelijke ‘primaat’ van het democratisch gelegitimeerde en gecontroleerde bestuur althans schijnbaar onaangetast laten.

In de recente aanscherping van de toetsing van asielbesluiten valt een vergelijkbare ontwikkeling te ontwaren. In twee uitspraken gaf de Afdeling op 16 april 2016 richting aan de uitleg van het op 20 juli 2015 in werking getreden artikel 83a van de Vreemdelingenwet 2000, dat ter implementatie van een Europese richtlijn voorschrijft dat de rechterlijke toetsing van asielbesluiten ‘een volledig en ex nunc onderzoek’ omvat naar zowel feitelijke als juridische gronden die voor het rechterlijk oordeel relevant kunnen zijn. Die bepaling neemt volgens de Afdeling niet weg dat de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie als beslissende instantie in asielzaken over beslissingsruimte beschikt die ‘betekenis [heeft] voor de intensiteit van de bestuursrechterlijke toetsing’.<sup>140</sup> De bestuursrechter dient een aspect van een besluit dat berust op politieke, economische of sociale keuzes van het bestuur of dat expertise vereist die alleen bij het bestuur zelf aanwezig is naar het oordeel van de Afdeling ‘anders’ te toetsen dan aspecten van het besluit waarvoor dit niet geldt.<sup>141</sup> Dat bij

137 ABRvS 18 november 2015, *JB* 2015/218 m.nt. R.J.N. Schlössels en D.G.J. Sanderink (*Groninger gaswinning*), ro. 53.2.

138 H.E. Bröring en J.G. Brouwer, noot bij ABRvS 18 november 2015, *AB* 2016/83, punt 6 en 7.

139 R.J.N. Schlössels en D.G.J. Sanderink, noot bij ABRvS 18 november 2015, *JB* 2015/218 (*Groninger gaswinning*), punt 1.

140 ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890, r.o. 5.3.1.

141 ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890, r.o. 5.3.3.

asielzaken fundamentele mensenrechten in het geding zijn, doet aan de beslissingsruimte van het bestuur op zichzelf niet af. Wel brengt die omstandigheid bijzonder gewicht met zich voor de eisen van zorgvuldigheid van de besluitvorming en de inhoud en kenbaarheid van de motivering van het besluit. Bovendien zal de bestuursrechter voortaan in beginsel zonder terughoudendheid moeten beoordelen of de staatssecretaris zich terecht op een bepaald feitelijk standpunt heeft gesteld. Alleen voor zover het asielrelaas van de vreemdeling berust op niet met bewijs gestaafde verklaringen en vermoedens resteert inhoudelijke bestuurlijke beslissingsruimte; vanuit ‘zijn positie in het bestuursrechtelijk stelsel’ zou het volgens de Afdeling niet voor de hand liggen wanneer de bestuursrechter zijn oordeel op dit punt voor dat van het bestuur in de plaats zou stellen.<sup>142</sup> Sowieso blijft de toetsende rol van de bestuursrechter ook in het nieuwe stelsel overeind; de eisen van het unierecht staan hieraan naar het oordeel van de Afdeling niet in de weg.<sup>143</sup>

Ook in het punitieve bestuursrecht lijkt zich een voorzichtige ‘relationele’ wending af te tekenen. Dat komt onder meer naar voren in een uitspraak van de Afdeling over het boetebeleid voor overtredingen van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav). *In casu* ging het om een Amsterdamse hoteleigenaar aan wie de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een boete had opgelegd van € 24.000,00 wegens overtreding van artikel 2, lid 1 van de Wav, dat werkgevers verbiedt vreemdelingen werkzaamheden te laten verrichten zonder de daartoe benodigde tewerkstellingsvergunning. Het boetebedrag werd vastgesteld op grond van een per 1 januari 2013 in werking getreden beleidsregel die de boete op een eerste overtreding van artikel 2, lid 1 Wav uniform verhoogt van € 8.000,00 tot € 12.000,00, conform artikel 19d, lid 2 te verdubbelen bij herhaalde overtreding. Met die nieuwe beleidsregel wenste de regering vorm te geven aan een nietsontziend beleid dat voortaan duidelijk maakt dat illegale tewerkstelling niet wordt getolereerd. Een dergelijke ‘zero-tolerancebenadering’ is volgens de regering onontbeerlijk voor de effectieve bestrijding van ‘malafide werkgevers’ die zich op andere manieren niet van hun frauduleuze activiteiten laten weerhouden.<sup>144</sup> Naar de Afdeling oordeelt is het boetenormbedrag van € 12.000,00 als bovengrens ter bestrijding van de door de minister beoogde groep van hardnekkige malafide rechtspersonen of daarmee gelijk te stellen werkgevers niet onredelijk. Uit het oogpunt van evenredigheid had de minister evenwel zijn boetebeleid moeten differentiëren voor werkgevers die niet tot die groep behoren. Door het verhoogde boetenormbedrag van € 12.000,00 uniform toe te passen, heeft hij dat niet gedaan; in zoverre is het boetebeleid van de minister naar het oordeel van de Afdeling onredelijk.<sup>145</sup> Ter vervanging van het uniforme beleid vereist het evenredigheidsbeginsel een ‘fijnmaziger boetesysteem’ dat voortaan recht doet aan het samenstel van feiten en omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.<sup>146</sup>

Met die benadering kwam de Afdeling tegemoet aan een in de literatuur reeds langer bestaande roep om een strengere toets van bestuurlijke boetes aan het evenredigheids-

142 ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890, r.o. 8.1.

143 ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:891, r.o. 5 en 6.

144 *Kamerstukken II* 2011/12, 33207, 6, p. 24.

145 ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3138, r.o. 3.1 en 3.2.

146 ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3138, r.o. 4.1.

beginsel.<sup>147</sup> Een recente analyse van Van Emmerik en Saris laat zien dat de Afdeling in bijzondere feiten of omstandigheden of de specifieke hoedanigheid van de overtreder tot voor kort vrijwel nooit aanleiding zag voor een juridische plicht tot differentiatie van het boetebedrag. Zo hoefden in het verleden de opzet, de omstandigheid dat de overtreding voor het eerst is begaan, het al dan niet behaalde voordeel en de grootte van de betrokken onderneming niet bij de beoordeling van de hoogte van de boete te worden betrokken. Alleen de duur en omvang van de overtreding, de financiële draagkracht van de onderneming en zeer bijzondere persoonlijke omstandigheden konden in bepaalde gevallen aanleiding geven tot een matigingsplicht.<sup>148</sup> Met haar oordeel in de Amsterdamse hotelzaak lijkt de Afdeling een nieuwe koers in te slaan waarbij concrete feiten en omstandigheden voortaan een voornamere rol spelen. Niet voor niets heeft de zaak een prominente plaats in het jaarverslag van de Raad van State, waarin de Raad naar de uitspraak verwijst als een duidelijk voorbeeld van een ‘genuanceerde toetsing’ die enerzijds de beoordelings- en beleidsvrijheid van het bestuur respecteert maar anderzijds meer dan voorheen erkent dat bijzondere feiten en omstandigheden bijzondere eisen kunnen stellen aan de wijze waarop die vrijheden worden aangewend. De ‘relationele’ wending van bestuursrechtelijke toetsing lijkt haar eindpunt nog niet te hebben bereikt. Naar de Raad vermeldt in zijn verslag wijdde de Afdeling in september 2015 aan het onderwerp ‘toetsing door de bestuursrechter’ een bijzondere studiemiddag; in de nabije toekomst gaat zij ‘verder met dit onderwerp’.<sup>149</sup>

## 10. CONCLUSIE

De figuur van ‘marginale toetsing’ heeft niets te maken met Montesquieus *trias politica*, maar berust juist op de bestrijding en verwrongen receptie ervan in latere periodes. Enerzijds hangt de afstandelijke positie van de rechter samen met een verondersteld ‘primaat’ van de wetgever als de ‘grote soeverein’ die van de autonomie van elk afzonderlijke ‘kleine soeverein’ de logische pendant is. Anderzijds is zij geworteld in het beeld van de staat als ondeelbaar organisme, dat desintegreert wanneer burgers en bestuurders elkaar nog slechts zien als elkaars juridische tegenstanders. Intussen vragen allerlei sociale en culturele ontwikkelingen om een bestuursrechter die niet slechts de ‘randen’ van abstracte besluiten verkent, maar steeds onderzoekt of de belangen van de betrokken partijen op de juiste wijze tegen elkaar zijn afgewogen en de intensiteit van zijn toetsing daarbij laat variëren met de zwaarte van de geschonden belangen. De idee van een door de wetgever aangestuurd en democratisch gecontroleerd overheidsapparaat is veelal niet langer geloofwaardig. De uitvoering van wetten wordt immers steeds meer overgelaten aan in de praktijk zelfstandige organen die opereren op grond van open bevoegdheden en algemene taakstellingen. Daarbij past niet langer een terughoudende rechter die de overheid niet evenals de burger op ‘nul’ laat beginnen maar haar vooraf reeds het voordeel van de twijfel geeft. Daarbij komt nog dat de geïndividualiseerde en geprivatiseerde ‘tegendemocratie’

147 Zie in deze zin bijvoorbeeld reeds Breninkmeijer & Zomers 1988. Zie verder o.a. Van Emmerik & Saris 2014, p. 112-118, met verdere verwijzingen.

148 Van Emmerik & Saris 2014, p. 170-180.

149 Jaarverslag Raad van State 2015, beschikbaar via [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl) (21 april 2016), p. 65-67.



waarin wij leven vraagt om gezagsdragers die zich jegens individuele burgers voortdurend verantwoorden in gevoelsmatige ‘nabijheid’ en verstandelijke ‘reflexiviteit’; de doctrinair-afstandelijke praktijk van marginale toetsing staat met die behoeften op gespannen voet.

De vraag werpt zich op of de koers die de Afdeling recent heeft uitgezet ter vervanging van die praktijk het beste antwoord biedt op die problemen. De Afdeling tendeeft duidelijk tot een meer variabele en soms ook meer indringende toetsing van bestuurlijke belangenafweging; op die manier tracht zij meer recht te doen aan concrete verhoudingen en specifieke omstandigheden waaronder deze tot stand is gekomen. Van een definitief afscheid van het beeld van bestuurlijke beslissingsruimte als een ‘juridisch vacuüm’ is echter nog geen sprake. Nog altijd lijkt de Afdeling bij voorkeur haar toevlucht te zoeken tot ‘flankerende’ beginselen van zorgvuldigheid en motivering en lijkt zij dikwijls bevangen door een zekere aarzeling om door te dringen tot de materiële kern waarom bestuurlijke belangenafweging in feite draait. Die aarzeling staat een open juridische discussie over de geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit van overheidshandelen nog steeds in de weg. Juist in een tijd waarin van gezagsdragers steeds nadrukkelijker wordt gevraagd hun beslissingen jegens burgers op onverhulde wijze te verantwoorden lijkt dat een gemiste kans. Tot een ‘gouvernement des juges’ hoeft het verlaten van het beeld van een discretionaire bestuurlijke ruimte geenszins te leiden. Natuurlijk dient de rechter jegens het democratisch gelegitimeerde bestuur een zekere distantie te bewaren, zij het dat de afstand die de rechter tot het bestuur bewaart in een ‘relationeel’ model van rechtsbescherming van geval tot geval kan variëren. Een definitief afscheid van het bestuurlijke ‘freies Ermessen’ betekent hoe dan ook dat formeel-democratische legitimiteit geen rechtsvrije ruimte oplevert waarbinnen de overheid kan handelen zoals het haar goed dunkt. Van een vrije bestuurlijke ‘beslissingsruimte’ is in het relationele model geen sprake, hooguit van een zekere ‘invullingsvrijheid’, begrepen als de bevoegdheid aan een reeds op grond van ongeschreven beginselen bestaande rechtsbetrekking tussen overheid en burger nader vorm te geven. De waarde die aan deze ‘invullingsvrijheid’ dient te worden gehecht kan variëren met het gewicht en de aard van de bij de afweging betrokken rechten en belangen en overige omstandigheden van het concrete geval.

Een juist begrip van de leer van Montesquieu kan helpen een dergelijk model van variabele toetsingsintensiteit theoretisch te funderen. Vanuit zijn sterk ‘relationele’ aard gaat Montesquieus rechtsleer uit van een essentiële intersubjectieve betrokkenheid die aan het geschreven recht vooraf gaat. Ook de trias wordt beheerst door ‘rapports nécessaires’; de machten zijn in Montesquieus leer immers onlosmakelijk verweerd in een evenwicht waarin geen van hen de almacht voor zich op kan eisen. Een dergelijk stelsel van ‘le pouvoir arrête le pouvoir’ neemt niet weg dat de rechter ten opzichte van de andere actoren een zekere afstand dient te bewaren; ook binnen het op wezenlijke onderlinge verhoudingen geënte systeem van Montesquieu heeft elk van de actoren in de trias in beginsel een eigen positie, zodat onnodige juridisering en rechterlijke willekeur worden voorkomen. Van een ‘rechtersstaat’ is dus geen sprake. Wel betekent het ‘relationele’ evenwichtsmodel van Montesquieu dat de rechter niet per definitie aan zijn ‘eigen stoel’ zit vastgekleefd, zodat voor de idee van een bestuurlijk ‘juridisch vacuüm’ geen plaats is. De ruimte van het publiekrecht is in Montesquieus opvatting niet vooraf reeds ‘zedelijk gevuld’ en evenmin buiten de wet om permanent ‘leeg’; in plaats daarvan vult zij zich



voortdurend opnieuw met beginselen die in voortgaand onderling samenspel van de actoren binnen de trias nader gestalte krijgen. De staat geldt daarbij niet als ondeelbaar zedelijk lichaam, waarbij de concrete gestalte van die beginselen vanuit een centraal punt wordt bepaald. Evenmin treedt de wetgever op als hoogste bevelhebber, die de andere actoren in de trias zo nodig het zwijgen oplegt. In plaats daarvan gaat Montesquieu uit van een gedeelde soevereiniteit tussen wetgever, bestuur en rechter die uitnodigt tot een onophoudelijke onderlinge dialoog. Daarmee voorziet zijn oorspronkelijke triasleer in een dringende actuele behoefte.



## CONCLUSIE

*In zijn 'autonome', in zekere mate van de sociale realiteit abstraherende positie kan het recht zich richten op formele zuiverheid en daarmee voldoende neutraal en onpartijdig zijn; wanneer het zich zonder reserve zou mengen in de maatschappelijke belangenstrijd kan het zijn samenbindende functie onmogelijk vervullen. Dat betekent echter geenszins dat het recht zich van het gewone maatschappelijke leven afzijdig zou moeten houden. Een rechtsstelsel dat onvoldoende acht slaat op de sociale verhoudingen die het wenst te reguleren zal ten prooi vallen aan 'autonome pathologieën' die het gewone communicatieve handelen zwaar verstoren en het conflictoplossende vermogen van het recht ernstig belemmeren. Het recht zal dus een balans moeten zoeken tussen afstand en nabijheid, systeem en leefwereld, scheiding en vereniging, met andere woorden: tussen autonomie en verhouding. Voor het bestuursrecht geldt dat niet minder dan voor het privaatrecht, zij het dat de eigen aard van bestuursrechtelijke verhoudingen bij het vinden van het juiste evenwicht als zelfstandige factor behoort mee te wegen.*

Dit onderzoek laat zien dat het bestuursrecht sterk wordt beheerst door een polaire spanning tussen 'autonome', primair op het verlichte ideaal van onbelemmerde gelijke vrijheid toegesneden rechtsopvattingen enerzijds en 'relationele', sterk op de sociale werkelijkheid van het recht georiënteerde opvattingen anderzijds. Hoe kan het bestuursrecht nu tegemoetkomen aan een veranderende sociale werkelijkheid zonder het klassieke formele vrijheidsideaal te veronachtzamen? Met dat probleem worstelt het bestuursrecht reeds vanaf de tijd van Loeff en Struycken. Van oudsher wordt het Nederlandse bestuursrecht gekenmerkt door een sterk 'autonome' identiteit. Vanuit historisch perspectief valt dat onder meer te begrijpen tegen de achtergrond van de 'gemene rechtsleer', die in het bestuursrecht een kunstmatige uitzondering ziet ten opzichte van een organisch privaatrecht als het 'gemene recht'. Daarnaast lijkt relevant dat de ontwikkeling van het moderne publiekrecht aanvankelijk sterk werd voortgedreven door antifeodale sentimenten die sterk waren gekant tegen de uitoefening van staatsmacht binnen bepaalde verhoudingen, zodat men er aanvankelijk toe neigde publieke bevoegdheden zoveel mogelijk van concrete verhoudingen te abstraheren. Van een werkelijke rechtsbetrekking tussen overheid en burger is volgens Loeff bijvoorbeeld nooit sprake. De overheid handelt immers steeds *erga omnes* en nooit *inter partes*, zodat van een rechtsband tussen twee concrete partijen anders dan in het privaatrecht in het bestuursrecht nooit sprake zou kunnen zijn. Zowel burgers

## CONCLUSIE

als overheden zouden slechts in een verplichtende verhouding staan tot de almacht van de publieke gemeenschap als juridisch construct dat door vrije rechtssubjecten zelf in het leven is geroepen als enige uitweg uit dwingende private afhankelijkheidsverhoudingen. Van juridisch bindende intersubjectieve beginselen ontbreekt in Loeffs juridische universum elk spoor; buiten de bevelen van de wetgever resteert in zijn stelsel niets dan rechteloze ledigheid.

In zijn kritiek op Loeffs wetsontwerp had Struycken reeds een scherp oog voor de ‘autonome pathologieën’ die aan Loeffs ‘legalistisch justitialisme’ verbonden zijn. Met de abstracte benadering die aan diens wetsontwerp ten grondslag ligt gaat het contact met het ‘werkelijke rechtsleven’ volgens Struycken verloren. Als reactie op het ancien régime is het formele legaliteitsdenken van Loeff volgens Struycken begrijpelijk, maar met de voortgang van de geschiedenis zou het zijn zin goeddeels hebben verloren. Ter vervanging van de ‘formeel-juridische rechtsstaat’ van Loeff pleit Struycken voor een rechtsstaat ‘in sociaal-ethischen zin’ die beter aansluit op concrete belangen en sociale verhoudingen. Aan de juridisering waarin Loeffs stelsel zou resulteren schrijft Struycken ernstige sociale gevolgen toe. Loeffs formele rechtsstaatgedachte zou burgers ertoe aanzetten zich negatief en afwerend jegens de overheid op te stellen, zodat overheid en burger als ‘heterogene elementen’ tegenover elkaar komen te staan en de idee van onderlinge, reeds door voorpositief recht bepaalde verbondenheid geheel uit beeld verdwijnt. In die zin doen Struyckens bezwaren sterk denken aan de verlichtingskritiek van Axel Honneth, die aan de ‘autonome traditie’ zoals belichaamd door de vroegmoderne en moderne contractsfilosofie ernstige ‘Fehlentwicklungen’ en ‘Störungen’ toeschrijft die het moderne rechtsleven ernstige schade berokkenen. De ‘subjectstelling’ van het autonome individu is ook volgens Honneth op zichzelf van grote waarde, maar heeft volgens hem toch ook geleid tot een zekere vervreemding van de ‘normatieve grammatica’ van het gewone maatschappelijke leven, zodat een juist gebruik van die ‘grammatica’ ernstig wordt bemoeilijkt. Meer nog dan in het privaatrecht, dat zich vanaf het interbellum sterk in ‘relationele zin’ heeft ontwikkeld, komt dat in het huidige recht naar voren in het publiekrecht, dat ten opzichte van het privaatrecht een ‘autonome’ identiteit heeft ontwikkeld. Als gevolg daarvan worstelt het nog altijd met de juridische erkenning van intersubjectieve beginselen, zodat het geschilbeslechtende vermogen van het gewone communicatieve handelen in publiekrechtelijke procedures vaak onbenut blijft.

Tegen de achtergrond van de sociale en maatschappelijke context waarin het recht fungeert is de ‘formeel-juridische’ rechtsstaatgedachte van Loeff er niet actueler op geworden. Loeff ziet in de staat een absoluut heerser die ver boven gewone rechtssubjecten is verheven; juist daarom dienen burgers tegen de overheid als zijn vertegenwoordiger beschermd te worden door een even absoluut gehanteerd beginsel van formele legaliteit. In een wereld van publiek-private samenwerking en ‘new public management’ presenteert de overheid zich niet zelden als ‘actor te midden van burgers en belangen’ en valt zij steeds minder scherp van private partijen te onderscheiden. In het kader van de nog immer voortgaande ‘terugtrek van de wetgever’ worden bestuursorganen door de wetgever vaak op grote afstand van de politiek geplaatst en van allerlei ‘open bevoegdheden’ voorzien, zodat het beeld van het bestuur als democratisch gelegitimeerde, slechts op het algemeen belang gerichte en daardoor hoog boven andere rechtssubjecten uittorende wetstoepasser

vaak niet langer geloofwaardig is. Aan de andere kant stellen burgers zich in toenemende mate mondig op en organiseren zij zich meer dan voorheen in een maatschappelijk middenveld dat privaatrechtelijk is georganiseerd maar zich nadrukkelijk bekommert om publieke belangen. De ‘horizontaliserende’ sociale realiteit van het publiekrecht staat aldus op gespannen voet met de strikt ‘verticale’ oriëntatie ervan die voor Loeff nog vanzelf sprak. Tegen die achtergrond valt goed te begrijpen waarom het klassieke, sterk ‘autonome’ en verticaal georganiseerde stelsel van bestuursrecht in de laatste decennia steeds verder onder druk is komen te staan. De ‘autonome pathologieën’ die aan dat stelsel al sinds de jaren van Loeff verbonden zijn komen in het huidige ‘werkelijke rechtsleven’ dusdanig prominent naar voren dat een onhoudbare situatie is ontstaan. Remedies voor die pathologieën die geënt zijn op de ‘autonome’ logica van het klassieke stelsel zelf zijn onvoldoende werkzaam gebleken. Daarom is het tijd voor een meer fundamentele ‘relationele’ verandering van het bestuursrecht die niet langer slechts de oppervlakkige symptomen bestrijdt, maar ook de onderliggende oorzaken ervan aanpakt.

Hoe kan het traditioneel voornamelijk ‘autonome’ bestuursrecht nu in relationele zin worden hervormd zonder de waardevolle elementen van het klassieke stelsel zomaar op te geven? In het verzet tegen de ‘wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking’ door kritische geesten als Tak en Teunissen is vaak gewezen op de inherent bijzondere positie die de overheid ten opzichte van andere rechtsgenoten heeft. Anders dan private organisaties is de staat een publieke dwanggemeenschap waaraan door andere rechtssubjecten niet of nauwelijks valt te ontkomen. De overheid kan eenzijdig rechtsposities van anderen vaststellen en zo nodig ook fysieke dwang toepassen. In de ‘relationele’ visies op het publiekrecht van theoretici als Achterberg en Hirsch Ballin wordt die inherente juridische ongelijkwaardigheid in de verhouding tussen burgers en overheden niet ontkend, zoals Tak en Teunissen stellen, maar desalniettemin onvoldoende geproblematiseerd. De ‘unitarische’ rechtsopvatting van Hirsch Ballin, die tussen publiek- en privaatrecht geen wezenlijk verschil laat bestaan, schept daarom onvoldoende ruimte voor een ‘relationeel’ publiekrecht dat ten opzichte van het al eerder ‘relationeel’ hervormde privaatrecht een eigen karakter kan ontwikkelen waarin de inherente juridische ongelijkwaardigheid tussen overheden en andere rechtssubjecten duidelijk is verdisconteerd. De ‘gemeenschappelijke rechtsleer’, zoals die recent tot ontwikkeling is gekomen in de geschriften van, onder meer, Van Ommeren en de Scheltema’s, heeft in dat opzicht betere papieren. Het publiek- en het privaatrecht worden volgens hen in wezen beheerst door dezelfde aan het positieve recht voorafgaande intersubjectieve beginselen, zodat de ‘relationele’ aard van beide rechtsgebieden in hun theorieën vaststaat. Die gedeelde beginselen komen echter niet per se in beide rechtsgebieden op gelijke wijze tot uitdrukking; de inherente juridische ongelijkwaardigheid tussen overheid en burgers rechtvaardigt verschillen in de wijze waarop zij zich binnen privaat- en publiekrechtelijke verhoudingen concreet manifesteren.

Hoe krijgen dergelijke bespiegelingen nu beslag in verschillende actuele bestuursrechtelijke discussies? De spanning tussen ‘autonome’ en ‘relationele’ opvattingen van bestuursrecht komt ten eerste sterk naar voren in de discussie over de centrale procesrechtelijke positie van het besluitbegrip. De totstandkomingsgeschiedenis van het besluitenprocesrecht laat zich lezen als een treurig verhaal waarin van de oorspronkelijke bedoelingen van de wetgever meteen al bij de introductie van het besluitbegrip als spil

## CONCLUSIE

van het bestuursrechtelijk geding in de Wet Bab niets terecht kwam. De ratio van het besluit als bestuursrechtelijk rechtsingangscriterium berustte aanvankelijk op de gedachte dat de jurisdictie van de formeel niet onafhankelijke Bab-rechter zo klein mogelijk diende te blijven; alleen op die manier zou kunnen worden voorkomen dat de rechtsmacht van de burgerlijke rechter over het bestuur op ontoelaatbare wijze zou worden ingeperkt. De Wet Bab volgt daarmee de logica van de gemene rechtsleer, die oorspronkelijk immers voorschrijft dat het bestuur aan het ‘gemene recht’ is gebonden voor zover het er door de wet geen ‘vrijdom’ van heeft verkregen. Al snel bleek die dogmatische visie echter op geen enkele wijze aan te sluiten bij de sociale realiteit. In werkelijkheid werd het besluitbegrip al snel ervaren als hinderlijk obstakel tot de bestuursrechtelijke rechtsgang als laagdrempelige en inquisitoir opgezette procedure die door rechtzoekenden steevast werd geprefereerd boven de gang naar de burgerlijke rechter. Desalniettemin kwam aanvankelijk bijna niemand op het idee die weeffout te herstellen. In plaats daarvan begon het besluitbegrip onder de Wet Arob aan een langdurige jurisprudentiële oprekking die tot op heden voortduurt en die het stelsel er niet bepaald eenvoudiger op heeft gemaakt.

Ook in de introductie van de ‘wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking’ als dragend beginsel van het moderne bestuursprocesrecht zag men aanvankelijk geen aanleiding het besluitmodel geheel te verlaten. Het nieuwe Awb-bestuursprocesrecht zou niet langer primair gericht moeten zijn op de retrospectieve bescherming van de objectieve rechtsorde tegen onrechtmatige besluiten, maar veeleer op de vaststelling van rechten en plichten tussen de concrete bij het proces betrokken partijen. De handhaving van het besluit als ‘spil’ van het bestuursrechtelijk geding staat met die nieuwe oriëntatie op gespannen voet. De centrale positie van het besluit valt goed te begrijpen vanuit het klassieke toetsingsmodel, dat rechterlijke controle inhoudt op *erga omnes* genomen publiekrechtelijke rechtshandelingen die iets veranderen ‘in de wereld van het recht’. ‘Partijen’ zijn er in dat model hooguit ogenschijnlijk; in wezen is slechts sprake van ‘betrokkenen’ die in hun belangen zijn geraakt door een jegens de gehele rechtsgemeenschap genomen besluit. Het rechtsbetrekkingsmodel staat dicht bij de sociale realiteit. De ‘relationele’ visie op het publiekrecht schept ruimte voor een conceptie van het bestuursrecht waarin de algemene werking van bestuursbesluiten niet langer zaligmakend is, maar daarnaast nadrukkelijk aandacht wordt gevraagd voor de aard van de materiële verhoudingen die erdoor worden gereguleerd. Gezien het theoretisch weinig ambitieuze karakter van de Awb werd evenwel besloten het besluitmodel onverkort te handhaven. Op die manier kwam het besluitbegrip onder een hevige spanning te staan die pas recent aanleiding is tot voorzichtige hervormingen. Op het moment lijkt een ‘hybride’ stelsel te ontstaan waarin het klassieke toetsingsmodel op bepaalde deelterreinen van het bestuursrecht wordt aangevuld met bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedures die zich zonder omwegen richten op de vaststelling van rechten en plichten tussen concrete partijen.

Ten tweede komt de spanning tussen ‘autonome’ en meer ‘relationele’ opvattingen van het publiekrecht sterk naar voren in de discussie over de wenselijkheid van een bestuursrechtelijke relativiteitseis. De introductie van de privaatrechtelijke relativiteitsleer in het interbellum valt te begrijpen in het licht van de ‘relationele’ hervorming die het privaatrecht toen doormaakte. In de literatuur wordt de ontwikkeling van de relativiteitsleer

wel begrepen vanuit de behoefte die na de aanvaarding van de zorgvuldigheidsnorm zou zijn ontstaan aan indamming van aansprakelijkheidsgronden, maar die verklaring lijkt op een mythe te berusten. Zorgvuldige analyse van de relevante bronnen leert dat indamming van aansprakelijkheid voor de oorspronkelijke voorvechters van de leer als Van Geleijn Vitringa helemaal geen rol speelde; bovendien verklaart de behoefte aan indamming niet waarom de relativiteitsleer werd geprefereerd boven de causaliteitsleer van Demogue-Besier als ‘autonome’ redenering waarmee vergelijkbare resultaten te behalen zijn. De oorspronkelijke privaatrechtelijke leer valt niet te beschouwen als een *correctie* op *Lindenbaum/Cohen*, maar ligt juist in het verlengde ervan. De relativiteitsleer ‘oude stijl’ beoogde slechts de onbillijke ‘uitwassen’ van aansprakelijkheid tegen te gaan, zodat voortaan kon worden voorkomen dat de een ten koste van de ander op oneigenlijke wijze van het abstracte recht zou kunnen profiteren. In die zin valt de relativiteitsleer te beschouwen als een uitwerking van de ‘relationele’ gedachte dat rechtssubjecten jegens elkaar gehouden zijn aan intersubjectieve beginselen die in bepaalde omstandigheden aan abstracte rechtsregels kunnen derogeren. Bezien in samenhang met het zorgvuldigheidsbeginsel behelst de relativiteitsleer een fundamentele wending van een ‘autonoom’ onrechtmatigedaadsrecht, dat voorschrijft dat onrechtmatigheid met de abstracte normschending is gegeven, naar een meer ‘relationeel’ model waarin de onrechtmatigheid van een bepaalde handeling steeds wordt gezien in het licht van concrete belangen en onderlinge verhoudingen.

In tegenstelling tot de oorspronkelijke privaatrechtelijke relativiteitsleer staat de geboorte van haar bestuursrechtelijke pendant nadrukkelijk in het teken van de algemene maatschappelijke functionaliteit van het recht. Met de invoering van de bestuursrechtelijke leer beoogde de wetgever nadrukkelijk de slagkracht van het bestuur te vergroten en de doelmatigheid van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming te versterken. Mogelijk werd het daartoe mede geïnspireerd door de privaatrechtelijke relativiteitsleer ‘nieuwe stijl’ zoals die gestalte kreeg in arresten als *Duwbak Linda* en *Iraanse vluchtelingen*. De idee van de relativiteitsleer als intersubjectief billijkheidsinstrument lijkt in die arresten sterk naar de achtergrond gedrongen; in plaats daarvan prevaleert het beeld van de privaatrechtelijke relativiteitseis als rechtspolitiek gelegenheidsargument ter indamming van (overheids)aansprakelijkheid. De ‘correctie-Langemeijer’ leidt in de dogmatiek een sluimerend bestaan en wordt in de ‘relativiteitsleer nieuwe stijl’ in de praktijk niet of nauwelijks toegepast. De bestuursrechter lijkt in dezen een andere richting te kiezen. Niet de aanwezigheid, maar het ontbreken van relativiteit dient in rechte te worden aangetoond; bij het hanteren van de kennelijkheidseis die daarbij geldt legt de rechter de lat zeer hoog. Bovendien aanvaardde hij onlangs de ‘correctie-Widdershoven’ als ‘Langemeijerachtige’ constructie die inhoudt dat normschending door de overheid een zelfstandige grond kan zijn om aan te nemen dat de overheid jegens een rechtzoekende het vertrouwens- of gelijkheidsbeginsel heeft geschonden. Daarmee vaart de bestuursrechtelijke relativiteitsleer een beduidend meer ‘autonome’ koers dan de privaatrechtelijke. Daarmee is evenwel niet gezegd dat het bestuursrecht nog langer uitgaat van het ‘klassiek-rechtsstatelijke’ uitgangspunt dat individuele rechtssubjecten slechts de gevolgen hoeven te dulden van overheidsbesluiten waaraan geen enkel gebrek kleeft; die ‘autonome’ tijden lijken met de invoering van de relativiteitsleer voorgoed voorbij.

Ten derde komt de spanning tussen ‘autonome’ en meer ‘relationele’ rechtsopvattingen duidelijk naar voren in de discussie over de toepassing van het bestuursrechtelijke evenredigheidsbeginsel. Het klassieke ‘autonome’ bestuursrecht gaat in typische zin uit van de *trias politica* als een strikte *scheiding* van machten met een duidelijk primaat aan de kant van de wetgever. Naar een aloud beeld mag de rechter in geen geval ‘op de stoel van het bestuur’ gaan zitten. De idee van een door de wetgever aan het bestuur verleende ‘discretionaire beslissingsruimte’ staat daarbij voorop. Binnen die ruimte staat het bestuur slechts onder democratische controle; alleen voorbij de ‘randen’ ervan komt rechterlijke toetsing eventueel in beeld. De belangenafweging die het bestuur binnen de hem toegekende ‘vrije ruimte’ verricht onttrekt zich in beginsel aan een juridisch oordeel. Alleen in het geval van een ‘criminal charge’ in de zin van artikel 6 EVRM gaat die redenering niet op en beoordeelt de rechter de bestuurlijke belangenafweging zonder terughoudendheid; niet-punitieve besluiten vernietigt hij alleen wanneer zij niet ‘in redelijkheid’ kunnen zijn genomen. Op de figuur van ‘marginale toetsing’ bestaat al geruime tijd kritiek. Zo pleiten velen naar het voorbeeld van het Duitse en EU-recht voor een meer ‘relationele’ benadering waarin de rechter de intensiteit waarmee hij bestuurlijke belangenafweging toetst laat afhangen van concrete omstandigheden en de aard en het gewicht van de betrokken belangen. Een systematische toets aan de hand van de vereisten van bruikbaarheid, vereist zijn en maatvoering zou daarbij het evenredigheidsoordeel van een enigszins objectieve aard kunnen voorzien. In uitspraken als *Maxis en Praxis* ging de bestuursrechter daar niet in mee en bepaalde hij nog dat de ‘onderscheiden posities van rechter en bestuur’ aan een dergelijke evenredigheidstoets in de weg staan. Pas recent lijkt daarin verandering te komen. Zo zien sommigen in een recente uitspraak inzake het ‘alcoholslotprogramma’ de voortekenen van een bestuursrechtelijke ‘revolutie’ waarin de ‘autonome’ figuur van ‘marginale toetsing’ eindelijk wordt verlaten en wordt ingewisseld voor een ‘relationeel’ model waarin het door de wet afgebakende ‘vrije goedvinden’ van het bestuur niet langer onaantastbaar is.

Een terugkeer tot de geest van Montesquieus oorspronkelijke triasleer kan een dergelijk model theoretisch nader verankeren. Over de betekenis van die leer bestaan nog altijd veel misverstanden. Het beeld van de rechter als ‘bouche de la loi’ verwijst niet naar mechanische wettoepassing, maar benadrukt juist dat de rechter ten opzichte van de wetgevende en uitvoerende machten een zelfstandige taak vervult. Door billijkheid beheerste verhoudingen (‘rapports d’équité’) gaan volgens Montesquieu hoe dan ook aan door individuen gepositieerde rechtsregels vooraf. Die ‘relationele’, op wezenlijke intersubjectiviteit geënte opvatting van het recht vertaalt zich ook in Montesquieus triasleer. In weerwil van het tot dan toe gangbare monistische soevereiniteitsbegrip, dat alle gezag herleidt tot een centraal punt, gaat Montesquieu uit van een pluralistisch model waarin de almacht is verdeeld onder gelijkwaardige actoren die elkaar onderling in evenwicht houden. Alleen een constitutie waarin ‘par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir’ kan voorkomen dat die balans wordt verstoord. Met de idee dat rechters steeds aan hun stoel vastgekleefd dienen te blijven heeft Montesquieus leer dus niets te maken; die gedachte valt veeleer terug te voeren op de verwrongen receptie en filosofische bestrijding ervan in latere periodes. Het door Montesquieu voorgestelde stelsel van machts-evenwicht houdt echter geenszins in dat wetgever, bestuur en rechter in



beginsel niet elk een eigen taak hebben. De gedachte dat de ‘terugtrek van de wetgever’ vraagt om een rechter die wijkt ‘gelijk het spiegelbeeld van de persoon die zich van de spiegel verwijderd’ is in diens stelsel van ‘le pouvoir arrête le pouvoir’ niet op haar plaats. Waar de ‘ruimte van het recht’ leeg blijft, kan deze in een ‘relationeel’ evenwichtsmodel door de rechter eventueel tijdelijk worden opgevuld wanneer de aard der zaak en de omstandigheden van het geval daarom vragen. Maar ook de rechter kan die ruimte niet permanent bezet houden; in plaats daarvan is hij met de andere actoren binnen de trias verwickeld in een voortdurende dialoog waarin niemand het laatste woord heeft.

In de Luzerner Chronik van Diebold Schilling uit 1513 is een miniatuur opgenomen die de conclusie van dit proefschrift goed samenvat (zie omslag). Op de miniatuur valt te zien hoe de rechtbank van Mülhausen (het huidige Mulhouse) recht spreekt vanonder een reusachtige lindeboom. De ruimte in het open veld waar recht wordt gesproken is duidelijk omheind. Op die manier komt naar voren dat het recht ten opzichte van het gewone maatschappelijk leven een eigen plaats heeft. Tegelijkertijd maakt de afbeelding duidelijk dat het recht niet al te zeer van de sociale werkelijkheid dient te abstraheren. De ruimte waar recht wordt gesproken bevindt zich buiten de stad, maar staat er toch ook direct mee in verbinding. Prominent aanwezig op de achtergrond van de afbeelding zien we de muren en de huizen van de stad, waar mensen samenkomen op de centrale pleinen en het sociale en economische leven zich afspeelt.<sup>1</sup> In zijn ‘autonome’, in zekere mate van het gewone stadsleven abstraherende positie kan het recht zich richten op formele zuiverheid en daarmee neutraal en onpartijdig zijn; wanneer het zich zou mengen in de maatschappelijke belangenstrijd als een dreigende ‘oorlog van allen tegen allen’ kan het zijn samenbindende functie onmogelijk vervullen. Dat betekent echter geenszins dat het recht zich van die maatschappelijke belangenstrijd afzijdig dient te houden. Een rechtsstelsel dat zich geen rekenschap geeft van de sociale verhoudingen die het wenst te reguleren zal uiteindelijk ten prooi vallen aan ‘autonome pathologieën’ die het maatschappelijk leven en het daarin van onderop tot ontwikkeling gekomen communicatieve handelen ernstig verstoren. Het recht zal dus een balans moeten zoeken tussen afstand en nabijheid, systeem en leefwereld, scheiding en vereniging, met andere woorden: tussen autonomie en verhouding. Voor het bestuursrecht geldt dat niet minder dan voor het privaatrecht, zij het dat de eigen aard van bestuursrechtelijke verhoudingen bij het vinden van het juiste evenwicht als zelfstandige factor behoort mee te wegen.

---

1 Vgl. Hol & Loth 2004, p. 92-93.



## BIBLIOGRAFIE

- Achterberg 1982  
N. Achterberg, *Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung. Grundlegung der Rechtsverhältnisstheorie*, Berlijn: Duncker & Humblot 1982
- Achterberg 1988  
N. Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg: Decker & Müller 1988
- Achterhuis 2007  
H. Achterhuis, 'De staat van geweld. Hobbes versus Rousseau', in: W. Lemmens & M. Adams (red.), *Hobbes. In de schaduw van Leviathan*, Kapellen: Pelckmans 2007, p. 146-168
- Ackermans-Wijn 1989  
J.C.E. Ackermans-Wijn, *Contracten met de overheid* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1989
- Alder 2015  
J. Alder, *Constitutional and administrative law*, Londen: Palgrave Macmillan 2015
- Allewijn 2011  
D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil... De bestuursrechter als geschilbeslechter* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2011
- Amaya-Castro 2010  
J.M. Amaya-Castro, *Human rights and the critiques of the public private distinction* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: VU 2010
- Van Angeren 2010  
J.A.M. van Angeren, 'Gemiste kansen in het Awb-project', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 211-220
- Arendt 1958  
H. Arendt, *The Human condition*, Chicago: University of Chicago Press 1958
- Aroney 2007  
N. Aroney, 'Subsidiarity, federalism and the best constitution. Thomas Aquinas on city, province and empire', *Law and Philosophy* 2007, p. 161-228
- Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015  
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Asser 6-IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2015
- Backes 2009  
Ch.W. Backes, *Suum cuique? Enkele opmerkingen over de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter* (oratie Maastricht), Maastricht 2009
- Backes & Jansen 2010  
Ch.W. Backes & A.M.L. Jansen, 'De wederkerige rechtsbetrekking als panacee voor de gebreken van de 'besluiten-Awb'', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 75-96
- Bader & Dilcher 1999  
K.S. Bader & G. Dilcher (red.), *Deutsche Rechtsgeschichte*, Berlijn: Springer 1999

## BIBLIOGRAFIE

Bakker 2014

F.S. Bakker, 'Misbruik van de Wet openbaarheid van bestuur', *NJB* 2014, p. 170-177

Baratta 1979

A. Baratta, 'Zur Entwicklung des modernen Rechtsstaatsbegriffs', in: F.W. Bär-Kaupert e.a. (red.), *Festschrift für C.H. Aubin zum 65. Geburtstag*, Kehl am Rhein: Engel 1979, p. 1-14

Barkhuysen e.a. (red.) 2006

T. Barkhuysen, W. den Ouden & Y.E. Schuurmans (red.), *Het model Tak. Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006

Barkhuysen e.a. 2006

T. Barkhuysen, W. den Ouden & Y.E. Schuurmans, 'Er is niets praktischer dan een zuivere theorie! Verslag van de Leidse studiebijeenkomst rond het wetenschappelijk werk van prof. mr. A.Q.C. Tak', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Het model Tak. Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?*, Deventer: Kluwer 2006, p. 141-153

Barkhuysen & Claessens 2012

T. Barkhuysen & M. Claessens, 'Naar een 'slagvaardiger bestuursrecht' met de Wet aanpassing bestuursprocesrecht?', *Ars Aequi* 2012, p. 83-93

Barkhuysen 2015

T. Barkhuysen, 'Een revolutie in het bestuursrecht', *NJB* 2015, p. 1583

Barkhuysen & Van Emmerik 2015

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Alcoholslot exit? Lessen voor nieuwe en ook oude gevallen?', *NJB* 2015, p. 676-679

Barnhizer 2005

D.D. Barnhizer, 'Inequality of bargaining power', *University of Colombia Law Review* 2005, p. 140-241

Beck & Grande 2010

U. Beck & E. Grande, 'Varieties of second modernity: the cosmopolitan turn in social and political theory and research', *British Journal of Sociology* 2010, p. 409-443

Di Bella 2014

L. di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014

Ten Berge 2007

J.B.J.M. ten Berge, *Burgerplichten jegens de overheid* (afscheidsrede Utrecht), Deventer: Kluwer 2007

Van den Berg 2003

R. van den Berg, *Vormen van begrip van wet en wetgeving* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003

Van den Berge 2014a

L. van den Berge, "Der Staat soll Rechtsstaat Seyn". Loeff, Struycken en de Duitse staatsfilosofie', *RM Themis* 2014, p. 80-88

Van den Berge 2014b

L. van den Berge, "Die Zeit in Gedanken erfasst". Hegel en Thorbecke over het recht, de staat en de geschiedenis', *Ars Aequi* 2014, p. 525-533

Van den Berge 2015a

L. van den Berge, 'Het schelpdier en zijn schelp. Johannes Theodoor Buys (1826-1893) over administratieve rechtspraak', in: D. de Ruyscher e.a. (red.), *Rechtsgeschiedenis op nieuwe wegen. Legal history, moving in new directions*, Antwerpen: Maklu 2015, p. 133-168

Van den Berge 2015b

L. van den Berge, 'One peak or twin peaks? Bestuursrechtspraak tussen Kant en Hegel', *RM Themis* 2015, p. 57-70

Beurskens 1995

W.J.J. Beurskens, 'De 'wederkerige rechtsbetrekking': koekoeksei in het nest van het publiekrecht', in: E.C.H.J. van der Linden & A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig?*, Deventer: Kluwer 1995, p. 23-60

Bloembergen 1965

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965

Bloembergen 1977

A.R. Bloembergen, 'De eenheid van privaatrecht en administratief recht', *WPNR* 1977, p. 5372-5375

Böckenförde 1969

E.W. Böckenförde, 'Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs', in: H. Ehmke e.a. (red.), *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, Frankfurt am Main: Europäische Verlagsanstalt 1969, p. 53-76

Böckenförde 1991

E.W. Böckenförde, 'Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat', in: *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt: Suhrkamp 1991, p. 170-208

Böckenförde 2006 [1991]

E.W. Böckenförde, 'Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart', in: *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main 2006 [1991], p. 209-243

Bok 2001

A.J. Bok, 'Frankrijk', in: B.W.N. de Waard e.a. (red.), *Rechtsvergelijking bestuursrechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 9-74

Boogaard & Uzman 2015

G. Boogaard & J. Uzman, 'Tussen Montesquieu en Judge Dredd. Over rechter, politiek en rechtsvorming', *Ars Aequi* 2015, p. 61-67

Bregstein 1951

M.H. Bregstein, 'De arresten van de Hoge Raad van 19 maart 1943 en 18 februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad', *RM Themis* 1951, p. 273-305

Brenninkmeijer 2011

A. Brenninkmeijer, 'De instrumentele rechter', *NJB* 2011, p. 1056-1057

Brenninkmeijer & Zomers 1988

A.F.M. Brenninkmeijer & Y.D.M. Zomers, 'De rechterlijke toetsing van sancties in het bestuursrecht. Een verkenning vanuit de Werkloosheidswet', *NTB* 1988, p. 49-56

## BIBLIOGRAFIE

Van den Brink 1992

Zie o.a. H. van den Brink, 'Antonius Alexis Hendrikus Struycken (1873-1923). Diplomaat en hoogleraar', in: J.C.H. Blom (red.), *Een brandpunt van geleerdheid in de hoofdstad: de Universiteit van Amsterdam rond 1900 in vijftien portretten*, Hilversum: Verloren 1992, p. 77-95

Broekhuizen 2013

J.Ph. Broekhuizen, 'Private law and ethical life. Honneth on legal freedom and its pathologies', *NJLP* 2013, p. 100-124

Bröring 1997

H.E. Bröring, 'De school van Scheltema: het functionalisme in de rechtswetenschap', in: M. Herweijer e.a. (red.), *In wederkerigheid*, Deventer: Kluwer 1997, p. 25-34

Brubaker 2013 [1984]

R. Brubaker, *The limits of rationality*, Londen en New York: Routledge 2013 [1984]

Brunner 1991

C.J.H. Brunner, 'De zorgvuldigheid op de troon', *NJB* 1991, p. 1624-1627

Budziszewski 2000

J. Budziszewski, *True tolerance. Liberalism and the necessity of judgment*, New Jersey: Transaction Publishers 2000

Buijze 2009

A.W.G.J. Buijze, 'Effectiviteit in het bestuursrecht', *NTB* 2009, p. 228-237

Van Buuren 1978

P.J.J. van Buuren, *Kringen van belanghebbenden* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1978

Buys 1864

J.T. Buys, 'Het moderne staatsbegrip', *De Gids* 1864, p. 193-217

Buys 1884

J.T. Buys, *De Grondwet: toelichting en kritiek*, Arnhem: Gouda Quint 1884

Buys 1886

J.T. Buys, 'De administratieve rechtspraak en de Grondwetsherziening', in: *Bijdragen tot de kennis van het staats- provinciaal en gemeentebestuur in Nederland* 1886, p. 53-148

Buys 1891

J.T. Buys, 'De regeling der administratieve rechtspraak', *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging* 1891, p. 65-135

Buys 1895 [1874]

J.T. Buys, 'De strijd tusschen staat en maatschappij', in: A.R. Arntzenius e.a. (red.), *Studiën over staatskunde en staatsrecht*, deel 2, Arnhem: Gouda Quint 1895, p. 507-538

Burckhardt 1976 [1860]

J. Burckhardt, *Die Kultur der Renaissance in Italien*, Leipzig: Kröner 1976 [1860]

Van Caenegem 1991

R.C. van Caenegem, 'The 'Rechtsstaat' in Historical Perspective', in: *Legal History. A European Perspective*, Londen: Hambledon Press 1991, p. 185-199

Van Caenegem 1995

R.C. van Caenegem, *An historical introduction to western constitutional law*, Cambridge: Cambridge University Press 1995

- Carlson 1994  
D.G. Carlson, 'Jurisprudence and personality in the work of John Rawls', *Columbia Law Review* 1994, p. 1828-1841
- Chaplin 2011  
J. Chaplin, *Herman Dooyeweerd. Christian philosopher of state and civil society*, Notre Dame: University of Notre Dame Press 2011
- Cleiren 1992  
C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992
- Cleiren 2003  
C.P.M. Cleiren, 'Genoegdoening aan slachtoffers in het strafrecht', preadvies NJV, *Handelingen NJV 2003*, Deventer: Kluwer 2003, p. 33-104
- Cliteur 1983  
P.B. Cliteur, 'Een inleiding tot de filosofie en rechtstheorie van Herman Dooyeweerd', *Radix* 1983, p. 198-213
- Cliteur 1994  
P.B. Cliteur, 'Maar dan komt het verschil', *Trouw*, 8 oktober 1994
- Cobben 2010  
P. Cobben, 'Kritische Überlegungen zum Verhältnis von Familie und bürgerlicher Gesellschaft in Hegels Rechtsphilosophie', in: M. Wischke (red.), *Recht ohne Gerechtigkeit?*, Würzburg: Königshausen 2010, p. 113-124
- Commissie-De Monchy 1950  
Commissie-De Monchy, *Verslag van de Commissie van advies inzake verhoogde rechtsbescherming, ingesteld bij beschikking van de Ministers van Binnenlandse Zaken en Justitie van 10 december 1946*, Den Haag: Sdu 1950
- Cooper 2006  
John W. Cooper, *Panentheism. The other God of the philosophers*, Grand Rapids: Baker 2006
- Corstens 2011  
G.J.M. Corstens, 'Het tafelzilver van Napoleon -200 jaar rechterlijke macht in Nederland', voordracht van 11 november 2011, beschikbaar via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) (1 april 2016)
- Cotterell 1989  
R. Cotterell, *The Politics of Jurisprudence*, Londen: Butterworths 1989, p. 59
- Couwenberg 1974  
S.W. Couwenberg, *De omstreden staat*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1974
- Couwenberg 1979  
S.W. Couwenberg, *Van monarchale machtsstaat naar liberale democratie*, Assen: Van Gorcum 1979
- Couwenberg 1984  
S.W. Couwenberg, *Dialectiek van macht en emancipatie*, Assen: Van Gorcum 1984
- Van Creveld 1999  
M. van Creveld, *The rise and decline of the state*, Cambridge: Cambridge University Press 1999



## BIBLIOGRAFIE

Crijns 2010

J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010

Daalder 1998

E.J. Daalder, 'Laten we het besluit gewoon maar houden', *RM Themis* 1998, p. 192-193

Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000

E.J. Daalder & M. Schreuder-Vlasblom, 'Balanceren boven nul', *NTB* 2000, p. 214-221

Daalder e.a. 2015

E.J. Daalder, C.A. Geleijnse & A.M.M. Elzakkers, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NJB* 2015, p. 2431-2442

Van Dam 1989

C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989

Damen 1993

L.J.A. Damen, 'Bestaat de Awb-mens', in: J.L. Boxum e.a. (red.), *Aantrekkelijke gedachten. Beschouwingen over de Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1993, p. 109-130

Damen 2007

L.J.A. Damen, 'Bestuursorgaan, belanghebbende, besluit: meer rechtseenheid?', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu 2007, p. 21-43

Damen 2010

L.J.A. Damen, 'Trekken aan een dood paard', *O&A* 2010, p. 119-123

Damen & Nicolai 2009

L.J.A. Damen & P. Nicolai (red.), *Bestuursrecht*, deel 2, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009

Dicey 1915 [1885]

A.V. Dicey, *Introduction of the study of the law of the constitution*, Londen: MacMillan 1915

Van Domselaar 2014

I. van Domselaar, *The fragility of rightness. Adjudication and the primacy of practice* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam 2014

Donner 1987

A.M. Donner, *Nederlands bestuursprocesrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom  
H.D. Tjeenk Willink 1987

Dooyeweerd 1931

H. Dooyeweerd, *De crisis der humanistische staatsleer in het licht eener calvinistische kosmologie en kennistheorie*, Amsterdam: Ten Have 1931

Dooyeweerd 1935-1936

H. Dooyeweerd, *Wijsbegeerte der wet-sidee*, drie delen, Amsterdam: Paris 1935-1936

- Dooyeweerd 1950  
H. Dooyeweerd, *De modale structuur van het juridisch oorzakelijkheidsverband*, Mededelingen KNAW, Afdeling Letterkunde, deel 13, nr. 5, Amsterdam: Noord-Hollandse Uitgeversmaatschappij 1950
- Dooyeweerd 1953-1958  
H. Dooyeweerd, *A new critique of theoretical thought*, vier delen, Amsterdam: Paris 1953-1958
- Dooyeweerd 1962  
H. Dooyeweerd, *Verkenningen in de wijsbegeerte, de sociologie en de rechtsgeschiedenis*, Amsterdam: Buijten en Schipperheijn 1962
- Dooyeweerd 1965  
H. Dooyeweerd, *Publiek- en privaatrecht*, Amsterdam: Studentenraad VU 1965
- Dooyeweerd 1967  
H. Dooyeweerd, *Encyclopaedie der rechtswetenschap*, Amsterdam: Studentenraad VU 1967
- Dorhout 1985  
L. Dorhout, 'Relativiteit van de onrechtmatigheid. Ook iets voor de administratieve rechter?', in: P.G.J. Kapteyn e.a., *Non ex regula*, Deventer: Kluwer 1985
- Drentje 2004  
J. Drentje, *Thorbecke. Een filosoof in de politiek*, Amsterdam: Boom 2004
- Drion 2007  
C.E. Drion, 'Op de grenzen van het recht', *NJB* 2007, p. 1395
- Van Drooghenbroeck 2001  
S. van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention Européenne des droits de l'homme*, Brussel: Publications des facultés universitaires Saint-Louis 2001
- Drupsteen 2006  
Th.G. Drupsteen, 'In discussie met Tak', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Het model Tak. Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?*, Deventer: Kluwer 2006, p. 32-47
- Duguit 1922  
L. Duguit, *Souveraineté et liberté. Leçons faites à l'Université Columbia*, Parijs: Alcan 1922
- Van Dunné 1990  
J.M. van Dunné, 'Benckiser', *Ars Aequi* 1990, p. 469-480
- Van Dunné 2007  
J.M. van Dunné, 'De herfsttij der relativiteitsleer', *TMA* 2007, p. 123-143
- Van Dunné 2016  
J.M. van Dunné, 'De bijdragen van een slapende gemeente, een hangmat, een souteneur en een subsidiejager aan een verkalkt leerstuk', *Tijdschrift voor Gezondheidsschade, Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht* 2016/1
- Dworkin 1985  
R. Dworkin, *A matter of principle*, Cambridge Mass.: Harvard University Press 1985
- Dworkin 1986  
R. Dworkin, *Law's empire*, Cambridge Mass.: Belknap 1986

## BIBLIOGRAFIE

- Dworkin 1997 [1977]  
R. Dworkin, *Taking rights seriously*, London en New York: Bloomsbury 1997 [1977]
- Dworkin 2006  
R. Dworkin, *Justice in robes*, Harvard: Harvard University Press 2006
- Van Eikema Hommes 1972  
H.J. van Eikema Hommes, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap: een juridische methodologie*, Deventer: Kluwer 1972
- Van Eikema Hommes 1981  
H.J. van Eikema Hommes, *Hoofdpijnen van de geschiedenis der rechtsfilosofie*, Deventer: Kluwer 1981
- Van Eikema Hommes 1982  
H.J. van Eikema Hommes, *Methode der encyclopedie en hoofdpijnen van de geschiedenis der rechts- en staatsfilosofie*, Zwolle: Tjeenk Willink 1982
- Van Eikema Hommes 1983  
H.J. van Eikema Hommes, *Hoofdpijnen der rechtssociologie en de materiële indelingen van publiek- en privaatrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1983
- Van Eikema Hommes 1986  
H.J. van Eikema Hommes, *De wijsgerige grondslagen van de rechtssociologie*, Deventer: Kluwer 1986
- Eisenmann 1952  
Ch. Eisenmann, 'La pensée constitutionnelle de Montesquieu', in: B. Mirkin-Guetzevitch & H. Puget (red.), *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu: bicentenaire de L'esprit des lois, 1748-1948*, Parijs: Sirey 1952, p. 133-160
- Van Emmerik & Saris 2014  
M.L. van Emmerik & C.M. Saris, 'Evenredige bestuurlijke boetes', preadvies VAR, in: *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?* (VAR-reeks 152), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 109-204
- Van Erp 1990  
J.H.M. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking. Een rechtsvergelijkende studie* (diss. Tilburg), Zwolle: Tjeenk Willink 1990
- Van Ettekoven & Schueler 1998  
B.J. van Ettekoven & B.J. Schueler, 'Een ramp, een ramp, een absolute ramp'. Reacties op het zelfstandig schadebesluit', *NJB* 1998, p. 346-350
- Van Ettekoven & Schueler 2007  
B.J. van Ettekoven & B.J. Schueler, 'Ben ik mijn broeders hoeder? Over relativiteit in het bestuursrecht', *NTB* 2007, p. 248-250
- Van Ettekoven & Schueler 2013  
B.J. van Ettekoven & B.J. Schueler, 'De 'losse eindjes' van Titel 8.4 Awb', *NTB* 2013, p. 209-221
- Van der Feltz 2007  
G.C.W. van der Feltz, 'Voorontwerp schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad', *Bouwrecht* 2007, p. 846-852

- Finer 1997  
S.E. Finer, *The history of government from the earliest times*, Oxford: Oxford University Press 1997
- Fleuren 2014  
J. Fleuren, 'Geen greintje vet', in: J. Fleuren & T. Havinga (red.), *Voorbeeldige proefschriften*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2014, p. 7-12
- Foqué 1992  
R.M.G.E. Foqué, *De ruimte van het recht* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992
- Foqué 1993  
R.M.G.E. Foqué, 'De ethische rol van de onafhankelijke rechter', *Trema* 1993, p. 455-469
- Foqué 2006  
R.M.G.E. Foqué, 'De actualiteit van Montesquieu's staatkundige erfgoed', in: F. Halsema (red.), *Stoelendansen met de macht*, Den Haag: Tweede Kamer der Staten-Generaal 2006, p. 9-29
- Foqué 2014  
R.M.G.E. Foqué, 'Montesquieu en het recht', in: M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Recht in geding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 207-225
- Foqué & 't Hart 1990  
R.M.G.E. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Arnhem: Gouda Quint 1990
- Frank 1932  
J. Frank, 'Mr. Justice Holmes and non-Euclidian legal thinking', *Cornell Law Review* 1932, p. 568-603
- Freedland 2006  
M. Freedland, 'The evolving approach to the private/public distinction in English law', in: M. Freedland & J.B. Auby (red.), *The public law / private law divide: une attente assez cordiale?*, Oxford: Hart Publishing 2006, p. 93-112
- Freeman 2007  
S. Freeman, *Rawls*, Londen: Routledge 2007
- Gadamer 2010 [1960]  
H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen: Mohr Siebeck 2010 [1960]
- Van Geleijn Vitringa 1919  
J. van Geleijn Vitringa, 'Openbaarheid van den weg en burgerlijk recht', *RM* 1919, p. 23-50
- Gerards 2006  
J.H. Gerards, 'Rechterlijke belangenafweging in het publiekrecht', *RM Themis* 2006, p. 147-159
- Gerards 2007  
J.H. Gerards, 'Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb en het Europese recht', in: T. Barkhuysen & W. den Ouden (red.), *Europees recht effectueren*, Deventer: Kluwer 2007, p. 73-114
- Gerber 1865  
C.F. Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Leipzig: Tauchnitz 1865

## BIBLIOGRAFIE

Van Gerven 1998

W. van Gerven, 'Mutual permeation of public and private law at the national and supranational level', *Maastricht Law Review* 1998, p. 7-24

Giacometti 1960

Z. Giacometti, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts. Allgemeines Verwaltungsrecht des Rechtsstaates*, Zürich: Polygraphischer Verlag 1960

Gierke 1948 [1889]

O. von Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Frankfurt am Main: Klostermann 1948 [1889]

Giesen 2005

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005

Giesen 2015

I. Giesen, 'Aansprakelijkheid na de schietpartij in Alphen aan den Rijn: hoe onbegrijpelijk kan rechtspraak – en het relativiteitsvereiste – zijn?', *WPNR* 2015, p. 277-279

Gneist 1879 [1872]

R. von Gneist, *Der Rechtsstaat*, Berlijn: Springer 1879 [1872]

Gonod 2006

P. Gonod, 'La réforme du droit administratif', in: M. Ruffert (red.), *The Transformation of Administrative Law in Europe. La mutation du droit administratif en Europe*, München: Sellier 2006, p. 67-87

Goyard-Fabré 1973

S. Goyard-Fabré, *La philosophie du droit de Montesquieu*, Paris: Klincksieck 1973

Goyard-Fabré 1980

S. Goyard-Fabré, *Montesquieu, adversaire de Hobbes*, Parijs: Lettres Modernes 1980

Gozzi 2007

G. Gozzi, 'Rechtsstaat and individual rights in German history', in: P. Costa e.a. (red.), *The rule of law. History, theory and criticism*, Dordrecht: Springer 2007, p. 237-259

De Graaf 2013

K.J. de Graaf, 'Verzoek naast beroep? Een rechtsvergelijkend perspectief', preadvies VAR, in: *Het besluit voorbij* (VAR-reeks 150), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 217-307

De Graaf & Marseille 2007

K.J. de Graaf & A.T. Marseille, 'Een weg uit het doolhof? Het Voorontwerp overheidsaansprakelijkheid gewogen', *NJB* 2007, p. 2010-2017

Gribnau 1990

J.L.M. Gribnau, *Rechtsbetrekking en rechtsbeginselen in het belastingrecht* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1990

Groenewegen 2005

F.T. Groenewegen, 'In hoeverre schrijft het evenredigheidsbeginsel iets voor', in: A. Nieuwenhuis e.a. (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 13-22

- Groenewegen 2006  
F.T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006
- Groenhuijsen 2013  
M.S. Groenhuijsen, 'Afrondende en overkoepelende beschouwingen over het thema privatisering van het strafrecht', *Ars Aequi* 2013, p. 606-614
- Grosser 1963  
D. Grosser, *Grundlagen und Struktur der Staatslehre Friedrich Julius Stahls*, Keulen: Westdeutscher Verlag 1963
- De Haan 1999  
P. de Haan, *Recente ontwikkelingen in de verhouding publiek-/privaatrecht*, Mededelingen van de Afdeling letterkunde, deel 62, nr. 7, Amsterdam: KNAW 1999
- Habermas 1992  
J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt: Suhrkamp 1992
- Hamaker 1913 [1894]  
H.J. Hamaker, 'De tegenstelling van publiek- en privaatrecht', in: *Verspreide geschriften*, deel 7, Haarlem: Erven F. Bohn 1913, p. 134-163 (= *Verslagen en mededeelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie der Wetenschappen*, derde reeks, deel 11, Amsterdam: KNAW 1894, p. 46-74)
- 't Hart 1995  
A.C. 't Hart, *Mensenwerk? Over rechtsbegrip en mensbeeld in het strafrecht van de democratische rechtsstaat*, Amsterdam: KNAW 1995
- Hartlief & Van Maanen 1995  
T. Hartlief & G.E. van Maanen, *Hoe werkt de onrechtmatige daad? of Het paard van de professor en andere aangrijpende verhalen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995
- Hartlief & Tjittes 2004  
T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2004, p. 1579-1588
- Hauriou 1927  
M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Parijs: Sirey 1927
- Heldeweg 1995  
M.A. Heldeweg, 'Publiekrechtelijke autonomie', in: E.C.H.J. van der Linden & A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig? Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 121-151
- Heldeweg 1999  
M.A. Heldeweg, 'De Maastrichtse School', in: M.A. Heldeweg & E.C.H.J. van der Linden (red.), *Uit de school geklapt. Opstellen uit Maastricht*, Den Haag: Sdu 1999, p. 1-27
- Heller 1990  
A. Heller, 'Die ethischen Alternativen der Moderne', in: H. Meier (red.), *Zur Diagnose der Moderne*, München: Piper 1990, p. 99-124

## BIBLIOGRAFIE

Hengstmengel 2010

B. Hengstmengel, 'Paul Scholten en Herman Dooyeweerd. Het gesprek dat nooit plaatsvond', *NJLP* 2010, p. 9-34

Henric (red.) 1983

D. Henric, *G.W.F. Hegel. Philosophie des Rechts. Die Vorlesung 1819-1820*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983

Heringa 2005

A.W. Heringa, 'Judicial Lawmaking (Un)limited', in: F. Stroink & E. van der Linden, *Judicial Lawmaking and Administrative Law*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 99-119

Hertogh 2002

M. Hertogh, *De levende rechtsstaat*, Utrecht: Lemma 2002

Hertogh 2006

M. Hertogh, *Rechtsvervreemding. Tussen rechtsstaat en rechtsgevoel* (oratie Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006

Heyde 1987

L. Heyde, *De verwerkelijking van de vrijheid*, Leuven: Universitaire Pers 1987

Hexter 1957

J.H. Hexter, 'Il principe and lo stato', *Studies in the Renaissance* 1957, p. 113-138

Hildebrandt 1935

H. Hildebrandt, *Rechtsfindung im neuen deutschen Staate*, Berlijn: de Gruyter 1935

Hildebrandt 1997

M. Hildebrandt, 'Een flexibele matrix voor het algemeen belang', in: R. Foqué & M. Weyembergh (red.), *Filosofische aspecten van het privé-publiekdebat*, Brussel: VUB Press 1997, p. 81-104

Hirsch Ballin 1983

E.M.H. Hirsch Ballin, *Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse administratieve recht* (preadvies NJV), Zwolle: Tjeenk Willink 1983, p. 9-149

Hirsch Ballin 1988

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Onafhankelijke rechtsvorming, Staatsrechtelijke kanttekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde', in: H.C.F. Schoordijk e.a. (red.), *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 211-237

Hirsch Ballin 1989

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Wederkerig bestuursrecht', *RM Themis* 1989, p. 1-4

Hirsch Ballin 1991a

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Waarop is beleid gericht', in: *Rechtsstaat & beleid*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 5-20

Hirsch Ballin 1991b

E.M.H. Hirsch Ballin, 'De mens in de sociale rechtsstaat', in: *Rechtsstaat & beleid*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 71-84

Hirsch Ballin 1991c

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Voorbij het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht', in: *Rechtsstaat & beleid*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 251-260



- Hirsch Ballin 1991d  
E.M.H. Hirsch Ballin, 'De taak van de rechter', in: *Rechtsstaat & beleid*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 267-268
- Hirsch Ballin 1991e  
E.M.H. Hirsch Ballin, 'Toetsing van wetgeving. Sluitstuk van een democratische rechtsstaat', in: *Rechtsstaat & beleid*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 343-357
- Hirsch Ballin 2011  
E.M.H. Hirsch Ballin, *Law, justice and the individual*, Leiden: Brill 2011
- Hirsch Ballin 2015a  
E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (preadviezen VAR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 7-58
- Hirsch Ballin 2015b  
E.M. Hirsch Ballin, 'De constitutie van het bestuursprocesrecht', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *Behoorlijk bestuursprocesrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. B.W.N. de Waard over grondslagen, beginselen en vernieuwingen van het bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 9-30
- Hirsch Ballin 2015c  
'Vanuit de geschiedenis naar de toekomst kijken', *Mr.* 2015, afl. 9, p. 103
- Van der Hoeven 1970  
J. van der Hoeven, 'De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht', in: *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle: Tjeenk Willink 1970, p. 201-219
- Van der Hoeven 1974  
J. van der Hoeven, 'De grenzen van de rechterlijke functie in de administratieve rechtspraak', *RM Themis* 1974, p. 658-678
- Van der Hoeven 1989  
J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht* (VAR-reeks 100), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989
- Lord Hoffmann 1999  
Lord Hoffmann, 'Who decides', in: E. Ellis (red.), *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Oxford: Hart Publishing 1999, p. 107-116
- Hoffmann-Riem e.a. 2012  
W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann & A. Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, deel 1-3, München: Beck 2012
- Hol 1993  
A.M. Hol, *Gewogen recht. Billijkheid en efficiëntie bij onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993
- Hol & Loth 2001  
A.M. Hol & M.A. Loth, 'Iudex mediator: naar een herwaardering van de juridische professie', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2001, p. 9-57
- Den Hollander 2011  
P.W. den Hollander, 'Van Parijs tot Berlijn. Het onrechtmatigedaadsrecht en de schending van wettelijke normen', *NTBR* 2011, p. 336-343

## BIBLIOGRAFIE

Den Hollander 2012

P.W. den Hollander, 'Relativiteit en de verhouding van de rechter tot de wetgever', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 297-326

Den Hollander 2016

P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016

Honneth 1992

A. Honneth, *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1992

Honneth 2000

A. Honneth, *Suffering from indeterminacy*, Amsterdam: Van Gorcum 2000

Honneth 2001

A. Honneth, *Leiden an Unbestimmtheit*, Stuttgart: Reclam 2001

Honneth 2007

A. Honneth, *Pathologien der Vernunft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2007

Honneth 2011

A. Honneth, *Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2011

Van Houten 1891

S. van Houten, 'Op welke grondslagen moet de regeling der administratieve rechtspraak berusten?', *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 1891, p. 47-64

Huisman 2012

P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst: de overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012

Ilting 1984

K.H. Ilting, 'Hegel's concept of the state and Marx's early critique', in: Z.A. Pelczynski (red.), *The state and civil society*, Cambridge: Cambridge University Press 1984, p. 93-113

Jans e.a. 2011

J. Jans, S. Prechal & R. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011

Janse 2000

R. Janse, *De rechtsfilosofie van Thomas Hobbes* (diss. Rotterdam), Delft: Eburon 2000

Jansen 2015

O. Jansen, 'Klinkende rechtvaardigheid alcoholslotprogramma', blog, beschikbaar via [www.law.maastrichtuniversity.nl](http://www.law.maastrichtuniversity.nl) (1 april 2016)

Jellinek 1928

W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, Berlin: Springer 1928

Jhering 1884

R. von Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, Leipzig: Breitkopf 1884

- Jhering 1923 [1877]  
R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Leipzig: Breitkopf 1923 [1877]
- De Jongh 2012  
E.L. de Jongh, *De rechtsgronden voor nadeelcompensatie in rechtshistorisch perspectief* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012
- De Jong 2013  
F. de Jong, 'A reciprocal turn in criminal justice? Shifting conceptions of legitimate authority', *Utrecht Law Review* 2013, nr. 1, p. 1-23
- De Jong 1988  
J.P. de Jong, *Bestuursrecht van vreemde herkomst* (diss. Tilburg), Zwolle: Tjeenk Willink 1988
- De Jong 2015  
K.A.W.M. de Jong, *Snel, eenvoudig en onkostbaar: Over continuïteit en verandering in de aard en de inrichting van het bestuursprocesrecht in de periode 1815 tot 2015* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015
- Jurgens 2004  
G.T.M. Jurgens, *Relativiteit in het bestuursrecht* (oratie Utrecht), 2004 (ongepubliceerd)
- Jurgens 2006  
G.T.M. Jurgens, 'Rechtsbescherming voor aan de wet ontleende verwachtingen', *NTB* 2006, p. 85-86
- Jurgens 2010  
G.T.M. Jurgens, 'De bestuursrechtelijke relativiteitseis', in: *Toegang tot de bestuursrechter beperkt?* (VAR-reeks 144), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 75-153
- Jurgens 2011  
G.T.M. Jurgens, 'Remedies tegen de ondraaglijke lichtheid van een succesvol beroep op de schending van rechtsnormen', *NTB* 2011, p. 202-206
- Jurgens & Van Ommeren 2012  
G.T.M. Jurgens & F.J. van Ommeren, 'The public-private divide in English and Dutch Law: a multifunctional and context-dependent divide', *Cambridge Law Journal* 2012, p. 172-199
- Kantorowicz 1957  
E.H. Kantorowicz, *The king's two bodies. A study in mediaeval political theology*, Princeton: Princeton University Press 1957
- Kennedy 1979  
D. Kennedy, 'The structure of Blackstone's Commentaries', *Buffalo Law Review* 1979, p. 209-382
- Klap 1994  
A.P. Klap, *Vage normen in het bestuursrecht* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1994
- Van Klink & Poort 2013  
B.M.J. van Klink & L.M. Poort, 'De normativiteit van de rechtswetenschap. Een pleidooi voor meer reflectie op de normatieve basis van het recht en de rechtswetenschap', *RM Themis* 2013, p. 58-68

## BIBLIOGRAFIE

Kloosterman 2005

D.R. Kloosterman, 'Ongeschreven burgerplichten', in: M. Herweijer e.a. (red.), *Alles in één keer goed*, Deventer: Kluwer 2005, p. 209-224

Knowles 2002

D. Knowles, *Hegel and the Philosophy of Right*, Londen: Routledge 2002

Kobussen 1991

M. Kobussen, *De vrijheid van de overheid* (diss. Tilburg), Zwolle: Tjeenk Willink 1991

Kop 1992

P.C. Kop, *Legisme en privaatrechtswetenschap*, Deventer: Kluwer 1992

Kortmann 1987

C.A.J.M. Kortmann, 'Iets over soevereiniteit', in: B.F. de Jong e.a. (red.), *Nijmeegs staatsrecht*, Nijmegen: Gerard Noodt Instituut 1987, p. 59-63

Kortmann 1997

C.A.J.M. Kortmann, 'De grondwet en de jurisprudentie inzake het zelfstandig schadebesluit', *NJB* 1997, p. 1327-1328

Kortmann 1998

C.A.J.M. Kortmann, 'Weg met het Awb-besluit', *RM Themis* 1998, p. 190-191

Kortmann 2004

C.A.J.M. Kortmann, 'Beginselloosheid in het bestuursrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel*, Deventer: Kluwer 2004, p. 351-362

Kortmann 2009

C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d'état* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009

Kossmann 1987

E.H. Kossmann, 'Thorbecke en het historisme', in: *Politieke theorie en geschiedenis*, Amsterdam: Bert Bakker 1987, p. 306-347

Krabbe 1906

H. Krabbe, *Die Lehre der Rechtssouveränität. Beiträge zur Staatslehre*, Groningen: Wolters 1906

Krabbe 1915

H. Krabbe, *De moderne staatsidee*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1915, p. 43

Kramer 2014

A. Kramer, 'Mediation in het openbaar bestuur en het bestuursrecht', *NJB* 2014, p. 458-463

Kronman 1980

A.T. Kronman, 'Wealth maximization as a normative principle', *Journal of Legal Studies* 1980, p. 227-242

Kuyper 1880

A. Kuyper, *Sovereiniteit in eigen kring. Rede ter inwijding van de Vrije Universiteit*, Amsterdam: Kruyt 1880

Kymlicka 1990

W. Kymlicka, *Contemporary political philosophy. An introduction*, Oxford: Oxford University Press 1990

Laband 1911 [1876]

P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Tübingen: Mohr 1911 [1876]

- Laemers e.a. 2007  
M.T.A.E.B. Laemers, L.E. de Groot-van Leeuwen & R. Fredriks, *Awb-procedures vanuit het gezichtspunt van de burger*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007
- Lambers 1994  
C. Lambers, 'Een algemene zorgplicht voor het milieu', *NJB* 1994, p. 1006-1007
- Lambert 1921  
E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Parijs: Giard 1921
- Land 1896  
N.K.F. Land, *Beschouwingen over de verbintenis uit onrechtmatige daad*, Haarlem: Erven F. Bohn 1896
- Langemeijer 1970  
G.E. Langemeijer, 'Over Dooyeweerd en de Wijsbegeerte der wetsidee', in: L. Kalsbeek, *De wijsbegeerte der wetsidee. Proeve van een christelijke filosofie*, Amsterdam: Buijten en Schipperheijn 1970, p. 10-13
- Lankhorst 1992  
G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992
- Larenz 1983  
K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlijn: Springer 1983
- Lefort 1981  
C. Lefort, 'L'image du corps et le totalitarisme', in: *L'invention démocratique*, Parijs: Seuil 1981, p. 159-176
- Lefort 1986  
C. Lefort, 'La question de la démocratie', in: *Essais sur le politique (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, Parijs: Seuil, 1986, p. 17-30
- Van Liedekerke 2007  
L. van Liedekerke, 'Cargo overboard. Economische dwang en rechtvaardigheid bij Hobbes', in: W. Lemmens & M. Adams (red.), *Hobbes. In de schaduw van Leviathan*, Kapellen: Pelckmans 2007, p. 136-146
- Van der Linden & Tak (red.) 1995  
E.C.H.J. van der Linden & A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig? Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1995
- Loeff 1887  
J.A. Loeff, *Publiekrecht tegenover privaatrecht* (diss. Leiden), Leiden: Ijdo 1887
- Loeff 1912  
J.A. Loeff, 'Wenschelijkheid van administratieve rechtspraak hier te lande', *Themis* 1912, p. 144-172
- Loose & Van Haute 1992  
D. Loose & Ph. van Haute, 'Inleiding', in: *Het democratisch tekort. Over de noodzakelijke onbepaaldheid van de democratie*, Meppel: Boom 1992, p. 7-32
- Lovejoy 1923  
A.O. Lovejoy, 'The supposed primitivism of Rousseau's Discourse on Inequality', *Modern Philology* 1923, p. 165-186

## BIBLIOGRAFIE

Lubach 1982

D.A. Lubach, *Beleidsovereenkomsten. Een onderzoek naar juridische aspecten van het gebruik van de overeenkomst als beleidsinstrument door de overheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1982

Lubach 1986

D.A. Lubach, 'De verhouding privaats-publiekrecht in het licht van het NBW', in: *Bestuursrecht en nieuw burgerlijk recht* (VAR-reeks 94), Alphen aan den Rijn: Samsom 1986

Lucy 2013

W. Lucy, 'Private and public. Some banalities about a platitude', in: C. Mac Amhlaigh e.a. (red.), *After Public Law*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 56-82

Luhmann 1998

N. Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1998

Van Maanen 1986

G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad. Aspecten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk*, Deventer: Kluwer 1986

Van Maanen 1997

G.E. van Maanen, 'De relativiteit als onlosmakelijk bestanddeel van de onrechtmatigheidsvraag', in: J. ten Kate (red.), *Miscellanea jurisconsulto vero dedicata*, Deventer: Kluwer 1997, p. 255-272

Van Maanen 1999

G.E. van Maanen, 'De klassieken van het Nederlandse privaatrecht. J. van Geleijn Vitringa, Openbaarheid van den weg en burgerlijk recht', *NTBR* 1999, p. 43-47

Van Maanen 2007

G.E. van Maanen, 'Vie d'Or en de ramkoers van de Linda', *NTBR* 2007, p. 1

Van Maanen 2009

G.E. van Maanen, 'Een dubbel feestje? 50 jaar *Quint/Te Poel* en 90 jaar *Lindenbaum/Cohen*', *NJB* 2009, p. 251-258

Van Maanen 2014

G.E. van Maanen, 'Relativiteit. Het geheime wapen van de rechter', in: L. van den Berge e.a. (red.), *Historische wortels van het recht*, Nijmegen: Ars Aequi 2014, p. 135-145

Van Maarseveen 1954

H. van Maarseveen, 'Een opmerking over de onrechtmatige overheidsdaad', *NJB* 1954, p. 914-920

Mac Amhlaigh 2013

C. Mac Amhlaigh, 'Defending the domain of public law', in: C. Mac Amhlaigh, C. Michelon & N. Walker (red.), *After public law*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 103-129

MacIntyre 1981

A. MacIntyre, *After virtue*, Notre Dame: Notre Dame University Press 1981

Macpherson 1962

C.B. Macpherson, *The political theory of possessive individualism*, Oxford: Clarendon Press 1962

- Maffettone 2010  
S. Maffettone, *Rawls*, Cambridge: Polity Press 2010
- Van Male 1993  
R.M. van Male, *Onvoltooid recht* (oratie Rotterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1993
- Van Male 2009  
R.M. van Male, 'C.W. van der Pot. De vormen van het besturen', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Oude Meesters. Grondleggers van bestuursrecht en hun rol in het huidige recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 21-23
- Manger 1935  
J.B. Manger, 'Thorbecke's geschiedphilosophisch jeugdwerk', *De Gids* 1935, p. 182-201
- Marseille 2011  
A.T. Marseille, 'Toegang tot de bestuursrechter in Nederland en Duitsland', *Ars Aequi* 2011, p. 238-245
- Marseille e.a. 2012  
A.T. Marseille, K.J. de Graaf & F. Jansen, 'Het bestuursprocesrecht van de Crisis- en herstelwet: sneller en beter?', *NJB* 2012, p. 582-589
- Marseille 2015a  
A.T. Marseille, 'Geschilbeslechting in het sociaal domein', *NJB* 2015, p. 1-3
- Marseille 2015b  
A.T. Marseille, *Bestuurlijke organisatie en geschilbeslechting in het sociaal domein* (oratie Groningen), Groningen 2015
- Marseille e.a. 2012  
A.T. Marseille, K.J. de Graaf & F. Jansen, 'Het bestuursprocesrecht van de Crisis- en herstelwet: sneller en beter?', *NJB* 2012, p. 582-589
- Marseille e.a. 2015a  
A.T. Marseille, B.W.N. de Waard, K.J. de Graaf, P.C.E. van Ling, H. D. Tolsma & E.F. Verheul, 'De Crisis- en herstelwet. Veel ambitie, nauwelijks effect', *NJB* 2015, p. 6-15
- Marseille e.a. 2015b  
A.T. Marseille, B.W.N. de Waard & P. Laskewitz, 'De Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht in de praktijk', *NJB* 2015, p. 2006-2014
- Martin 1962  
B.K. Martin, *French liberal thought in the eighteenth century*, New York: Harper and Row 1962
- Masing 2012  
J. Masing, 'Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht', in: W. Hoffmann-Riem e.a. (red.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, deel 1, München: Beck 2012, p. 437-542
- Mayer 1895  
O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, München: Duncker & Humblot 1895
- Meinecke 1963 [1924]  
F. Meinecke, *Die Idee der Staatsräson in der neueren Geschichte*, Stuttgart: Koehler 1963 [1924]



## BIBLIOGRAFIE

Mekkes 1940

J.P.A. Mekkes, *Ontwikkeling der humanistische rechtsstaattheorieën* (diss. Amsterdam VU), Utrecht: Libertas 1940

Van der Meulen 1995

B.M.J. van der Meulen, 'Handhaving', in: E.C.H.J. van der Linden & A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig?*, Deventer: Kluwer 1995, p. 223-247

Michiels 1987

F.C.M.A. Michiels, *De Arob-beschikking* (diss. Nijmegen), Den Haag: VUGA 1987

Michiels 2009

F.C.M.A. Michiels, 'Het gelijk van Struycken', in: B.J. van Ettekovén & S.E. Zijlstra (red.), *Oude meesters. Grondleggers van het bestuursrecht en hun rol in het huidige recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 9-15

Miller 1984

J. Miller, *Rousseau: Dreamer of democracy*, New Haven: Yale University Press 1984

Von Mohl 1832

R. von Mohl, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, deel 1, Tübingen: Mohr 1832

De Moor-Van Vugt 1995

A. de Moor-Van Vugt, *Maten en gewichten. Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief* (diss. Tilburg), Tilburg 1995

Nicolaï 1984

P. Nicolaï, 'Wie bewaakt het ongeschreven recht', in: *Recht op scherp*, Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 20 e.v.

Nicolaï 1990

P. Nicolaï, *Beginnelsen van behoorlijk bestuur* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1990

Nicolaï 1996

P. Nicolaï, 'De stiekeme citoyen', in: R.L. Vucsan e.a. (red.), *De Awb-mens: boeman of underdog?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 179-197

Nieuwenhuis 1997a

J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis. Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 1997

Nieuwenhuis 1997b

J.H. Nieuwenhuis, 'Vechten met de beer?', *RM Themis* 1997, p. 351-352

Nijmeijer 2014

A.G.A. Nijmeijer, 'Dynamiek in relativiteit', *Trema* 2014, p. 226-233

Nijmeijer e.a. 2015

A.G.A. Nijmeijer, B.J. Schueler, F.A.G. Groothuijs, S. Hilligers, T.E.P.A. Lam, R. Ortlep & R.J.N. Schlössels, *Evaluatie artikel 8:69a Awb en artikel 6:22 Awb. Een onderzoek naar het relativiteitsvereiste en het passeren van gebreken in de (rechts)praktijk*, WODC-rapport, Nijmegen: Radboud Universiteit 2015

Nonet & Selznick 2001 [1978]

Ph. Nonet & Ph. Selznick, *Law and society in transition. Toward responsive law*, New Brunswick: Transaction Publishers 2001 [1978]

- Oliver 1999  
D. Oliver, *Common values and the public-private divide*, Londen: Butterworths 1999
- Van Ommeren 2000  
F.J. van Ommeren, 'Wetsinterpretatie: het bestuurlijk rechtsoordeel als rechtsvaststellend besluit', *JBPlus* 2000, p. 113-124
- Van Ommeren 2002  
F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel in het staats- en bestuursrecht: opkomst en ondergang van geïmpliceerde bevoegdheden', *RM Themis* 2002, p. 123-137
- Van Ommeren 2003  
F.J. van Ommeren, 'Het publieke-taakcriterium in de bestuursrechtelijke jurisprudentie', in: J.W. Sap e.a., *De publieke taak* (staatsrechtconferentie 2002), Deventer: Kluwer 2003, p. 135-156
- Van Ommeren 2012  
F.J. van Ommeren, 'Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'', *Ars Aequi* 2012, p. 562-572
- Van Ommeren & Huisman 2013  
F.J. van Ommeren & P.J. Huisman, 'Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel', in: *Het besluit voorbij* (VAR-reeks 150), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 7-102
- Oosterhagen 2000  
M.T. Oosterhagen, *Macht en scheiding* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 2000
- Ortlep 2008  
R. Ortlep, 'Het besluitbegrip: een verdampende theorie', *RM Themis* 2008, p. 243-252
- Pelczynski 1969 [1964]  
Z.A. Pelczynski, *Hegel's political writings*, Oxford: Oxford University Press 1969 [1964]
- Peperzak 1981  
A. Peperzak, *Filosofie en politiek*, Baarn: Ambo 1981
- Pessers 1999  
D.W.J.M. Pessers, *Liefde, solidariteit en recht. Een interdisciplinair onderzoek naar het wederkerigheidsbeginsel* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: FdR1999
- Pessers 2014  
D.W.J.M. Pessers, 'The normative foundation of legal orders. A balance between reciprocity and mutuality', *NJLP* 2014, p. 150-157
- Peters 2000  
J.A.F. Peters, 'Bestuursorgaan in bestuursrechtelijke handen', *JBPlus* 2000, p. 78-90
- Peters 2015  
J.A.F. Peters, 'De publieke taakjurisprudentie geijkt', *NTB* 2015, p. 172-181
- Pettit 1997  
P. Pettit, *Republicanism. A theory of freedom and government*, Oxford: Oxford University Press 1997

## BIBLIOGRAFIE

Pieterman 1990

R. Pieterman, *De plaats van de rechter in Nederland 1813-1920*, Arnhem: Gouda Quint 1990

Pinkard 2000

T.P. Pinkard, *Hegel. A biography*, Cambridge: Cambridge University Press 2000

Plamenatz 1971

J. Plamenatz, 'History as the Realization of Freedom', in: Z.A. Pelczynski (red.), *Hegel's Political Philosophy. Problems and Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press 1971, p. 30-51

Pocock 1975

J.G.A. Pocock, *The Machiavellian moment*, Princeton: Princeton University Press 1975

Van Poelje 1927

G.A. van Poelje, *Beginselen van Nederlandsch Administratief Recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1927

Van Poelje 1931

G.A. van Poelje, *Osmose*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1931

Polak 1999

J.E.M. Polak, *Burgerlijke rechter of bestuursrechter?* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999

Polak 2000

J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2000

Polak 2006

J.E.M. Polak, 'Two worlds: how to make the best of it? Over enkele kernthema's in het werk van prof. mr. A.Q.C. Tak', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Het model Tak. Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?*, Deventer: Kluwer 2006, p. 97-114

De Poorter 2003

J.C.A. de Poorter, *De belanghebbende* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003

De Poorter 2010

J.C.A. de Poorter, 'Doel en functie van de toegang tot de bestuursrechter: bespiegelingen over ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht', in: *Toegang tot de bestuursrechter beperkt?* (VAR-reeks 144), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 7-74

De Poorter e.a. 2004

J.C.A. de Poorter, B.W.N. de Waard, A.T. Marseille & M.J. Zomer, *Herijking van het belanghebbendebegrip. Een relativiteitsvereiste in het Awb-procesrecht?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004

De Poorter & De Graaf 2011

J.C.A. de Poorter & K.J. de Graaf, *Doel en functie van bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag: Raad van State 2011

Poortinga 1987

E. Poortinga, *De scheiding tussen publiek- en privaatrecht bij Johan Rudolph Thorbecke (1798-1872)* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1987

- Popper 1947  
K.R. Popper, *The open society and its enemies*, deel 2: *The high tide of prophecy: Hegel, Marx and the aftermath*, Londen: Routledge 1947
- Posner 1981  
R.A. Posner, *The economics of justice*, Cambridge Mass.: Harvard University Press 1981
- Posner 1999  
R.A. Posner, *The problematics of moral and legal theory*, Cambridge Mass.: Harvard University Press 1999
- Van der Pot 1932  
C.W. van der Pot, 'De vormen van het besturen', in: C.W. van der Pot e.a. (red.), *Nederlandsch bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1932, p. 201 e.v.
- Pront-van Bommel 2002  
S. Pront-van Bommel, *Bestuursrechtspraak, Voorstellen tot modernisering van de bestuursrechtspraak* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002
- Puchta 1845  
G.F. Puchta, *Kursus der Institutionen*, Leipzig: Breitkopf 1845
- Quack 1893  
H.P.G. Quack, 'Levensbericht J.T. Buys', in: *Jaarboek KNAW 1893-1894*, Amsterdam: KNAW 1893, p. 11-63
- Van Ravels 2005  
B.P.M. van Ravels, 'Wederom: tot schade van allen. Enige nadere opmerkingen over schadevergoeding wegens onrechtmatige, voor beroep vatbare besluiten', *Bouwwrecht* 2005, p. 518-524
- Rawls 1977  
J. Rawls, 'The basic structure as subject', *American Philosophical Quarterly* 1977, p. 159-165
- Rawls 1993  
J. Rawls, *Political liberalism*, New York: Columbia University Press 1993
- Rawls 1999 [1971]  
J. Rawls, *A theory of justice*, Cambridge Mass.: Harvard University Press 1999 [1971]
- Rawls 1999  
J. Rawls, 'Justice as reciprocity', in: S. Freeman (red.), *John Rawls. Collected papers*, Cambridge Mass.: Harvard University Press 1999, p. 190- 231
- Rawls 2007  
J. Rawls, *Lectures on the history of political philosophy*, Cambridge Mass.: Harvard University Press 2007
- Raz 1986  
J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford: Oxford University Press 1986
- Reuijl 1886  
H.J. Reuijl, *De leer der trias politica sinds Locke en Montesquieu* (diss. Groningen), Groningen: Huber 1886
- Ricoeur 1990  
P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Parijs: Éditions du Seuil 1990

## BIBLIOGRAFIE

Ricoeur 1995a

P. Ricoeur, *Le juste*, Parijs: Esprit 1995

Ricoeur 1995b

P. Ricoeur, 'Love and justice', *Philosophy and Social Criticism* 1995, p. 23-39

Riley 1982

P. Riley, *Will and political legitimacy. A critical exposition of social contract theory in Hobbes, Locke, Rousseau, Kant and Hegel*, Cambridge Mass.: Harvard University Press 1982

Riley 1986

P. Riley, *The general will before Rousseau. The transformation of the divine into the civic*, Princeton: Princeton University Press 1986

Roelfsema & De Graaf 2015

J.P. Roelfsema & K.J. de Graaf, 'Decentralisaties in het sociaal domein. Verslag van een studiemiddag van de VAR, Vereniging voor bestuursrecht, gehouden op 9 oktober 2015', *NTB* 2015, p. 298-305

Van Roermund 1989

G.C.G.J. van Roermund, 'De algemeenheid van de wet en de singulariteit van het individu', *R&R* 1989, p. 19-34

Rorty 1998

R. Rorty, 'Human Rights, rationality and sentimentality', in: R. Rorty, *Truth and progress*, Cambridge: Cambridge University Press 1998, p. 167-185

Rosanvallon 2008

P. Rosanvallon, *Counter-democracy. Politics in an age of distrust*, Cambridge: Cambridge University Press 2008

Rosanvallon 2011

P. Rosanvallon, *Democratic legitimacy. Impartiality, reflexivity, proximity*, Princeton: Princeton University Press 2011

Rummens 2008

S. Rummens, 'Deliberation interrupted. Confronting Jürgen Habermas with Claude Lefort', *Philosophy & Social Criticism* 2008, p. 383-408

Safranski 1987

R. Safranski, *Schopenhauer und die wilden Jahre der Philosophie*, Reinbek bei Hamburg: Rowohlt 1987

Sandel 1984a

M.J. Sandel, 'The procedural republic and the unencumbered self', *Political Theory* 1984, p. 81-96

Sandel 1984b

M.J. Sandel, 'Justice and the good', in: *Liberalism and its critics*, New York: New York University Press 1984, p. 159-176

Sandel 2010 [1982]

M. Sandel, *Liberalism and the limits of justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2010 [1982]

Savigny 1951 [1803]

F.K. von Savigny, *Juristische Methodenlehre*, Stuttgart: Köhler 1951 [1803]

Savigny 1814

F.C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg: Mohr und Zimmer 1814

Savigny 1815

F.C. von Savigny, 'Über den Zweck dieser Zeitschrift', *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 1815, p. 1-17

Schalken 1987

T.M. Schalken, *Strafrecht als systeem van rechtsbetrekkingen* (oratie Amsterdam VU), Arnhem: Gouda Quint 1987

Scheltema 1927

F.G. Scheltema, 'Het grensterrein van publiek- en privaatrecht', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1927, p. 233-265

Scheltema 1978

M. Scheltema, 'Beginselen van administratieve rechtspraak', *RM Themis* 1978, p. 259-275

Scheltema 1989

M. Scheltema, 'De rechtsstaat', in: J.W.M. Engels e.a., *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 11-25

Scheltema 1996

M. Scheltema, 'Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht', *NJB* 1996, p. 1359-1361

Scheltema 2008

M. Scheltema, 'De wederkerige rechtsbetrekking: een essentieel leerstuk voor het bestuursrecht', in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 207-217

Scheltema 2015

M. Scheltema, 'Een integrale geschilbeslechting voor het sociaal domein', discussiestuk voor een studiemiddag van de VAR, Vereniging van bestuursrecht, gehouden op 9 oktober 2015, o.a. beschikbaar via [www.prettigcontactmetdeoverheid.nl](http://www.prettigcontactmetdeoverheid.nl) (16 maart 2016)

Scheltema 1908

M.W. Scheltema, *De ontvankelijkheid der administratieve rechtsvordering* (diss. Leiden), Leiden: Ijdo 1908

Scheltema & Scheltema 2013 [2003]

M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2013 [2003]

Scheltens 1988

D.F. Scheltens, *Hegels rechtsfilosofie. Een inleiding*, Tilburg: Tilburg University Press 1988

Scheuner 1968

U. Scheuner, 'Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats', in: E. Forsthooff (red.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1968, p. 461-508

## BIBLIOGRAFIE

Schlössels 1998

R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel. Over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1998

Schlössels 2003

R.J.N. Schlössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne* (oratie Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003

Schlössels 2004

R.J.N. Schlössels, 'Dimensies van rechtsbeginselen', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 13-43

Schlössels 2006

R.J.N. Schlössels, 'Dimensies van belangenafweging: enige opmerkingen over besluitvorming en rechtsbescherming in het werk van prof. mr. A.Q.C. Tak', in: Barkhuysen e.a.(red.), *Het model Tak. Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 49-64

Schlössels 2009a

R.J.N. Schlössels, 'J.J. Boasson, De rechter tegenover de vrijheid der administratie', in: *Oude Meesters*, Deventer: Kluwer 2009, p. 17-19

Schlössels 2009b

R.J.N. Schlössels, 'Loeff versus Struycken: wie had gelijk', *Ars Aequi* 2009, p. 686-690 (= R.J.B. Schutgens e.a., *De canon van het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, p. 69-74)

Schlössels & Zijlstra 2010

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, deel 1, Deventer: Kluwer 2010

Schmidt-Aßmann 2004

E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlijn: Springer 2004

Schmidt-Aßmann & Hoffmann-Riem 1993-2004

E. Schmidt-Aßmann & W. Hoffmann-Riem (red.), *Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts*, deel 1-10, Baden-Baden: Nomos 1993-2004

Schmidt-De Caluwe 1999

R. Schmidt-De Caluwe, *Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers*, Tübingen: Mohr 1999

Schmitt 2004 [1922]

C. Schmitt, *Politische Theologie*, Berlijn: Duncker & Humblot 2004 [1922]

Scholten 1974 [1931]

P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1974 [1931]

Schönberger 1997

C. Schönberger, *Das Parlament in Anstaltsstaat*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1997

Schönfeld 1979

K.M. Schönfeld, *Montesquieu en 'la bouche de la loi'* (diss. Leiden), Leiden: New Rhine Publishers 1979



Schönfeld 2008

K.M. Schönfeld, 'Rex, Lex et Judex: Montesquieu and la bouche de la loi revisited', *European Constitutional Law Review* 2008, p. 274-301

Schoordijk 1979

H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuw burgerlijk wetboek*, Deventer: Kluwer 1979

Schreuder-Vlasblom 1987

M. Schreuder-Vlasblom, *De macht der kritiek* (diss. Groningen), Zwolle: Tjeenk Willink 1987

Schreuder-Vlasblom 1994

M. Schreuder-Vlasblom, 'Heroriëntatie bestuursrechtspraak', preadvies VAR, in: *Het nieuwe bestuursprocesrecht* (VAR-reeks 112), Alphen aan den Rijn: Samsom 1994, p. 7-65

Schreuder-Vlasblom 1999

M. Schreuder-Vlasblom, 'Kronieken: Bestuursprocesrecht', *NTB* 1999, p. 242-251

Schreuder-Vlasblom 2004

M. Schreuder-Vlasblom, 'Iets kroms, dat verbogen is. Het Nederlands bestuursprocesrecht naar de leer van prof. Tak', *NTB* 2004, p. 73-83

Schreuder-Vlasblom 2006

M. Schreuder-Vlasblom, 'Iets kroms, dat verbogen is. Het Nederlands bestuursprocesrecht naar de leer van prof. Tak', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Het model Tak. Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 5-31

Schreuder-Vlasblom 2007

M. Schreuder-Vlasblom, 'Relativiteit in het bestuursrecht. Een discussiebijdrage', *NTB* 2007, p. 43-52

Schreuder-Vlasblom 2010

M. Schreuder-Vlasblom, 'Tweepolig procesrecht. Over de aanvulling van rechtsgronden en feiten in het geding volgens het procesrecht van de Awb', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 411-429

Schreuder-Vlasblom 2013

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2013

Schueler 1994

B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien. Over het vernietigen van besluiten en beslechten van geschillen* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1994

Schueler 2003

B.J. Schueler, *Zand in de machine* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2003

Schueler 2004

B.J. Schueler, 'Het labirint rond de schatkist. De verhouding tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter', *JBPlus* 2004, p. 83-102

Schueler 2005a

B.J. Schueler, 'Hoe ver zat Struycken ernaast?', in: W. Hins e.a. (red.), *Recht en Reede*, Deventer: Kluwer 2005, p. 134-144

## BIBLIOGRAFIE

### Schueler 2005b

B.J. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb. Aansprakelijkheid voor appellabele besluiten*, Deventer: Kluwer 2005

### Schueler 2007a

B.J. Schueler, 'Een doolhof met vertakkingen. Naar een verbeterde rechtsbescherming tegen schadeveroorzakende besluiten?', *O&A* 2007, p. 55-63

### Schueler 2007b

B.J. Schueler, 'De onrechtmatige overheidsdaad in het Voorontwerp schadevergoeding', *NTB* 2007, p. 287-297

### Schueler 2009

B.J. Schueler, *Tussen te veel en te weinig. Subjectivering en finaliteit in de bestuursrechtspraak* (preadvies VBR), Den Haag: IBR 2009

### Schueler 2010

B.J. Schueler, 'Aan de rechterlijke macht is opgedragen het verknippen van geschillen over publiekrecht en over schuldvorderingen', in: L.F.M. Besselink & R. Nehmelmann, *De aangesproken staat*, Nijmegen: WLP 2010, p. 117-156

### Schueler 2011a

B.J. Schueler, 'Een relativiteitsleer in wording', *NTB* 2011, p. 265-271

### Schueler 2011b

B.J. Schueler, 'Het gaat u om iets anders. Het relativiteitsvereiste toegepast', in: T. de Gier e.a. (red.), *Goed verdedigbaar. Vernieuwing van bestuursrecht en omgevingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 159-174

### Schueler 2012

B.J. Schueler, 'De grote verandering. Finaliteit in een nieuw bestuursprocesrecht', *JBPlus* 2012, p. 101-116

### Schueler 2013

B.J. Schueler, 'Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht en de nieuwe regeling van overheidsaansprakelijkheid in de Awb', *MvV* 2013, p. 193-199

### Schueler 2014

B.J. Schueler, 'Een overzichtelijke, onafhankelijke eenheid? Over integratie van de bestuursrechtspraak', *NTB* 2014/20

### Schutgens 2012

R.J.B. Schutgens, *Vorm of inhoud. Over de keuze tussen formele en materiële normomschrijvingen in het publiekrecht* (oratie Nijmegen), Nijmegen 2012

### Scruton 1982

R. Scruton, *Kant*, Oxford: Oxford University Press 1982

### Sedgwick 2012

S. Sedgwick, *Hegel's critique of Kant*, Oxford: Oxford University Press 2012

### Selznick 1992

Ph. Selznick, *The moral commonwealth. Social theory and the promise of community*, Berkeley: University of California Press 1992

### Sénac de Meilhan 1814 [1795]

G. Sénac de Meilhan, *Du gouvernement, des mœurs et des conditions en France avant la Révolution*, Parijs: Hoffmann 1814 [1795]

- Sieburgh 2000  
C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000
- Siep 1986  
L. Siep, 'Hegels Theorie der Gewaltenteilung', in: H.Ch. Lucas & O. Pöggeler (red.), *Hegels Rechtsphilosophie im Zusammenhang der europäischen Verfassungsgeschichte*, Stuttgart: Frommann-Holzboog 1986, p. 387-420
- Simmel 1908  
G. Simmel, *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, Leipzig: Duncker & Humblot 1908
- Skinner 1978  
Q. Skinner, *The foundations of modern political thought*, deel 2, Cambridge: Cambridge University Press 1978
- Skinner 1998  
Q. Skinner, *Liberty before Liberalism*, Cambridge: Cambridge University Press 1998
- Skinner 2008  
Q. Skinner, *Hobbes and republican liberalism*, Cambridge: Cambridge University Press 2008
- Smits 2009  
J.M. Smits, *Omstreden rechtswetenschap. Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009
- Smits 1938  
P.H. Smits, 'Iets over de vraag der relativiteit van de onrechtmatigheid in verband met de door den Hoogen Raad onderscheiden onrechtmatigheidsvormen', *WPNR* 1938, nr. 3586-3591
- Snijders 1987  
W. Snijders, 'De rechter als dictator', in J. Polak e.a. (red.), *De rechter als dictator* (RAIO-congresbundel), Lochem: Van den Brink & Co 1987, p. 139-147
- Sobota 1997  
K. Sobota, *Das Prinzip Rechtsstaat. Verfassungs- und Verwaltungsrechtliche Aspekte*, Tübingen: Mohr 1997
- Spier e.a. 2015  
J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2015
- Stahl 1845  
F.J. Stahl, *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, Heidelberg: Mohr 1845
- Steenbeek 1988  
J.G. Steenbeek, *Wet Arob*, Den Haag: VUGA 1988
- Stein 1921 [1850]  
L. von Stein, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, deel 1, München: Salomon 1921 [1850]
- Stolleis 1992  
M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, deel 2, München: Beck 1992

## BIBLIOGRAFIE

Stout 2015

H.D. Stout, *De Nederlandse rechtsstaat*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2015

Strauss 1953

L. Strauss, *Natural right and history*, Chicago: University of Chicago Press 1953

Strauss 1958

L. Strauss, *Thoughts on Machiavelli*, Glencoe: The Free Press 1958

Stroink 1999

F.A.M. Stroink, 'Handhaaf het besluit als ontvankelijkheidseis', *JB* 1999, p. 595-596

Stroink 2006

F.A.M. Stroink, *De groei en bloei van het bestuursrecht* (afscheidsrede Maastricht), Den Haag: Sdu 2006

Struycken 1903

A.A.H. Struycken, *Het rechtsbegrip. Theoretische onderzoeken* (diss. Leiden), Amsterdam: Ijdo 1903

Struycken 1909

A.A.H. Struycken, *Ons koningschap*, Arnhem: Gouda Quint 1909

Struycken 1910

A.A.H. Struycken, *Administratie of rechter*, Arnhem: Gouda Quint 1910

Struycken 1912

A.A.H. Struycken, 'Wenschelijkheid van administratieve rechtspraak hier te lande', *RM* 1912, p. 523-563 (= *Wenschelijkheid van administratieve rechtspraak hier te lande*, Leiden: Théonville 1912)

Struycken 1924 [1913]

A.A.H. Struycken, 'Het kiesrecht', in: *Verzamelde werken*, deel 1, Arnhem: Gouda Quint 1924, p. 17-26

Swagemakers 2015

P.M.J.J. Swagemakers, 'Het relativiteitsvereiste bezien vanuit vier groepen belanghebbenden', *Bedrijfsjuridische berichten* 2015, p. 9-13

Taekema 2014

S. Taekema, 'Private law as an open legal order. Understanding contract and tort as interactional law', *NJLP* 2014, p. 140-149

Tak 1978

A.Q.C. Tak, *Overheidsbestuur en privaatrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1978

Tak 1984

A.Q.C. Tak, *Bevoegdheidsafbakening van de Arob-rechter: kunstig of gekunsteld?* (oratie Maastricht), Deventer: Kluwer 1984

Tak 1990

A.Q.C. Tak, 'Het Moment X', *TvO* 1990, p. 134-138

Tak 1992

A.Q.C. Tak, 'De ongewenste discussie', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Nieuw bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 67-84

Tak 1993

A.Q.C. Tak, 'Overheid en burgerlijk wetboek. Naar een invullende rechtsleer', *Recht en Kritiek* 1993, p. 174-190

Tak 1995

A.Q.C. Tak, 'Uitleiding', in: E.C.H.J. van der Linden & A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig?*, Deventer: Kluwer 1995, p. 323-333

Tak 1997

A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, Den Haag: VUGA 1997

Tak 1998

A.Q.C. Tak, 'Dimensies van overheidshandelen', in: E.C.H.J. van der Linden e.a. (red.), *Spectraal recht?*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1998, p. 1-28

Tak 2002

A.Q.C. Tak, 'Rechters met slappe knieën', *NJB* 2002, p. 1459-1462

Tak 2004a

A.Q.C. Tak, 'De vermeden discussie', *NTB* 2004, p. 43-45

Tak 2004b

A.Q.C. Tak, 'De Awb ter discussie', *NTB* 2004, p. 122-127

Tak 2005

A.Q.C. Tak, 'Het bestuursproces in de mechanische mierenmaatschappij', *Ars Aequi* 2005, p. 564-571

Tak 2008a

A.Q.C. Tak, 'Vrijheid. Over vrijheid, democratie en rechtsbescherming', in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 127-134

Tak 2008b

A.Q.C. Tak, *De Maastrichtse school* (afscheidsrede Maastricht), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008

Tak 2010a

A.Q.C. Tak, 'Een alternatief voor de Awb? Het recht verdwijnt uit het bestuur', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 193-209

Tak 2010b

A.Q.C. Tak, 'De nieuwe structuur van de Raad van State', *Ars Aequi* 2010, p. 771-775

Tak 2014

A.Q.C. Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2014

Tak 2013

P.J.P. Tak, *Mediation in het strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013

Tak & Teunissen 1994a

A.Q.C. Tak & J.M.H.F. Teunissen, 'Recht ist, was der Umwelt nützt?', *NJB* 1994, p. 605-616

Tak & Teunissen 1994b

A.Q.C. Tak & J.M.H.F. Teunissen, 'Wie zorgt er voor de rechtsstaat? Een voortgezet debat', *Recht en Kritiek* 1994, p. 340-354

Tamanaha 2006

B.Z. Tamanaha, *Law as a means to an end. Threat to the rule of law*, Cambridge: Cambridge University Press 2006

Taylor 1975

Ch. Taylor, *Hegel*, Cambridge: Cambridge University Press 1975

## BIBLIOGRAFIE

Taylor 1994

Ch. Taylor, 'The politics of recognition', in: A. Gutmann (red.), *Multiculturalism*, Princeton: Princeton University Press 1994, p. 25-73

Telders 1929

B.M. Telders, 'Het verband tussen onrechtmatigheid en schade bij art. 1401 BW', *WPNR* 1929, p. 185-191

Teunissen 1994

J.M.H.F. Teunissen, 'Schadevergoeding wegens relatief onrechtmatige overheidsdaad', *NJB* 1994, p. 163-164

Teunissen 1995

J.M.H.F. Teunissen, 'De 'wederkerige rechtsbetrekking' als strategisch concept voor nivellerende rechtswetenschap?', in: E.C.H.J. van der Linden & A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig?*, Deventer: Kluwer 1995, p. 277-322

Teunissen 1996

J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kleeft van de staat. Beschouwingen over de tweewegenleer* (diss. Maastricht), Zwolle: Tjeenk Willink 1996

Teunissen 1997

J.M.H.F. Teunissen, 'Afrekening met de gemene rechtsleer en de tweewegenleer. Een beschouwing n.a.v. AbRvS 21-10-1996 over het rechtskarakter van de terugvordering van door de overheid onverschuldigd toegekende gelden', *Gst.* 1997, 7048 (1) en 7049 (Slot)

Teunissen 2008

J.M.H.F. Teunissen, 'Kurieren am Symptom. Over de herzieningen van het bestuursprocesrecht', in: M.A. Heldeweg, B.M.J. van der Meulen & J.M.H.F. Teunissen (red.), *Publiekrecht in de Leer. Opstellen aangeboden aan prof. mr. A.Q.C. Tak*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 307-342

Teunissen 2009

J.M.H.F. Teunissen, 'Publiek domein en de legaliteitsis', *Gst.* 2009, 47

Thorbecke 1824

J.R. Thorbecke, *Über das Wesen und den organischen Charakter der Geschichte*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1824

Thorbecke 1825

J.R. Thorbecke, *Bedenkingen aangaande het recht en de staat*, Amsterdam: Meijer Warnars 1825

Thorbecke 1839

J.R. Thorbecke, *Aantekening op den grondwet*, deel 1, Amsterdam: Müller 1839

Thorbecke 1843

J.R. Thorbecke, *Aantekening op den grondwet*, deel 2, Amsterdam: Müller 1843

Thorbecke 1872 [1844]

J.R. Thorbecke, 'Over het hedendaagsche staatsburgerschap', in: *Historische schetsen*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1872 [1844]

Thorbecke 1948 [1848]

J.R. Thorbecke, *Bijdrage tot de herziening der grondwet*, Den Haag: Nijhoff 1948 [1848]

Uylenburg 2007

R. Uylenburg, 'Wie is belanghebbende in milieuzaken', *Ars Aequi* 2007, p. 241-244

- VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004  
 VAR-Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004
- Van der Veen 1996  
 G.A. van der Veen, bespreking van: J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk klee van de staat. Beschouwingen over de tweewegenleer* (diss. Maastricht), Zwolle: Tjeenk Willink 1996, *NTB* 1996, p. 293-296
- Van der Veen 1998  
 G.A. van der Veen, 'De gemene rechtsleer is nog op de been', *Bouwrecht* 1998, p. 1-10
- Van der Veen 2013  
 G.A. van der Veen, 'Bestuursrechtelijke rechtsbescherming voorbij het besluit', preadvies VAR, in: *Het besluit voorbij* (VAR-reeks 150), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 103-215
- Vegting 1954  
 W.G. Vegting, *Het algemeen Nederlands administratiefrecht*, twee delen, Alphen aan den Rijn: Samsom 1954
- Veraart 2005  
 W.J. Veraart, *Ontrechting en rechtsherstel in Nederland en Frankrijk in de jaren van bezetting en wederopbouw* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005
- Verburg 2011  
 D.A. Verburg, 'Relativiteit in de Crisis- en herstelwet en in het voorstel Wet aanpassing bestuursprocesrecht of: Hoe moet het nou met het zeggekorfslakje?', *NTB* 2011, p. 10-17
- Verburg & Schueler 2014  
 D.A. Verburg & B.J. Schueler, 'Procedural Justice in Dutch Administrative Court Proceedings', *Utrecht Law Review* 2014, nr. 4, p. 56-72
- Verheij 2005  
 A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2005
- Verheij 2014  
 A.J. Verheij, 'De Hoge Raad en de relativiteit. Voorstel voor een hanteerbare toets', *NTBR* 2014, p. 95-104
- Verheij 1992  
 N. Verheij, 'Een klantvriendelijke rechter', in: J.B.J.M. Ten Berge e.a. (red.), *Nieuw bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 131-149
- Verheij 1999a  
 N. Verheij, 'Een eigen recht(er). Recente verschuivingen in de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter', preadvies VAR, in: *Verschuiving van de magische lijn* (VAR-reeks 122), Alphen aan den Rijn: Samsom 1999, p. 8-73
- Verheij 1999b  
 N. Verheij, 'Van besluit naar vordering? Vragen bij een Maastrichts bestuursprocesrecht', in: M.A. Heldeweg e.a. (red.), *Uit de school geklapt? Opstellen uit Maastricht*, Den Haag: Sdu 1999, p. 275-290



## BIBLIOGRAFIE

Vermeule 2006

A. Vermeule, *Judging under uncertainty*, Cambridge Mass.: Harvard University Press 2006

Vincent 1982

J. Vincent, *La justice et ses institutions*, Parijs: Dalloz 1982

Voermans 2004

W.J.M. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid* (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004

Voßkuhle 2007

A. Voßkuhle, 'The reform approach in the German science of administrative law: the 'neue Verwaltungsrechtswissenschaft'', in: M. Ruffert, *The transformation of administrative law in Europe*, München: Sellier 2007, p. 89-141

Voßkuhle 2012

A. Voßkuhle, 'Neue Verwaltungsrechtswissenschaft', in: W. Hoffmann-Riem e.a. (red.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, deel 1, München: Beck 2012, p. 1-63

Vranken 2005

J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel\*\*\*. Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005

De Waard 2007

B.W.N. de Waard, 'Relativiteit en rechtsbescherming', *NTB* 2007, p. 7-14

De Waard e.a. 2011

B.W.N. de Waard e.a., *Ervaringen met bezwaar. Onderzoek naar de ervaringen van burgers met de bezwaarschriftprocedure uit de Algemene wet bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011

Waldron 1987

J. Waldron, 'Theoretical foundations of liberalism', *The Philosophical Quarterly* 1987, p. 127-150

Weiler 1992

A.G. Weiler, 'Deus in terris. Middeleeuwse wortels van de totalitaire ideologie', in: *De middeleeuwen voorbij. Humanisme en scholastiek op de drempel van de nieuwe tijd*, Nijmegen: CMS 1992, p. 1-24

Werkgroep-Van Kemenade 1997

Werkgroep-Van Kemenade, *Bestuur in geding*, Haarlem: Provinciehuis 1997

Westerman 2012

P.C. Westerman, 'Ruimte door regels', *Ars Aequi* 2012, p. 720-728

Wiarda 1939

G.J. Wiarda, *Overeenkomsten met overheidslichamen* (diss. Amsterdam GU), Zwolle: Tjeenk Willink 1939

Wiarda 1961

G.J. Wiarda, 'De relativiteit van rechtsverhoudingen in het algemeen en van den eigendom in het bijzonder', *WPNR* 1961, p. 572-586

Wiarda 1972

G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: Tjeenk Willink 1972

Wiggers-Rust 2011

L.F. Wiggers-Rust, *Belang, belanghebbende en relativiteit in bestuursrecht en privaatrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011

Wiggers-Rust 2014

L.F. Wiggers-Rust, 'Roeien tegen de stroom in? Over de verhouding tussen privaatrecht en bestuursrecht', *NJB* 2014, p. 1374-1383

Van Wijk 1974 [1959]

H.D. van Wijk, 'Voortgaande terugred', in *Besturen met recht*, Den Haag: VNG 1974, p. 99-115 (= *Voortgaande terugred* (oratie Amsterdam), Alphen aan den Rijn: Samsom 1959)

De Wilde 2011

M. de Wilde, 'Fides publica in Ancient Rome and its reception by Grotius and Locke', *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 2011, p. 455-487

De Wilde 2013

M. de Wilde, 'God hath given the world to men in common.' Grenzen aan privé-eigendom in geval van nood en verspilling in het middeleeuwse en vroegmoderne natuurrecht', *NJLP* 2013, p. 8-28

Wilhelm 1958

W. Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main: Klostermann 1958

Windscheid 1862

B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Düsseldorf: Dubbeus 1862

De Wit 1980

C.H.E. de Wit, *Thorbecke en de wording van de Nederlandse natie*, Nijmegen: SUN 1980

Witteveen 1988

W.J. Witteveen, *De retoriek in het recht* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1988

Witteveen 1993

W.J. Witteveen, 'Van wetstoepassing naar belangenafweging', in: A.A. Franken & E.P.M. Joosen (red.), *Wederkerige rechtsbetrekkingen. Belangenafweging door de rechter*, Lelystad: Vermande 1993, p. 3-22

Woldring 2013

H.E.S. Woldring, *Een handvol filosofen. Geschiedenis van de filosofiebeoefening aan de Vrije Universiteit*, Hilversum: Verloren 2013

Wolfson 2005

D.J. Wolfson, *Transactie als bestuurlijke vernieuwing. Op zoek naar samenhang in beleid en uitvoering* (WRR Verkenningen 9), Amsterdam: Amsterdam University Press 2005

WRR 2002

*De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Rapport WRR, Den Haag: Sdu 2002

Zijlstra 2008

S.E. Zijlstra, 'De grenzen van de overheid', in: *Privaat bestuur* (VAR-reeks 140), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 7-94

Zijlstra 2015

S.E. Zijlstra, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', bespreking van: E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', preadvies VAR, in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (VAR-reeks 154), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 9-58, *NTB* 2015, p. 128-133

## TEKSTEDITIES

### CS

J.J. Rousseau, *Du contrat social*, bezorgd door B. Gagnebin en M. Raymond, Parijs: Gallimard 1964 [1762]

### Discorsi

Machiavelli, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, bezorgd door S. Bertelli, Milaan: Feltrinelli 1973 [1960] [1519]

### Discours sur l'inégalité

J.J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, bezorgd door B. Gagnebin en M. Raymond, Parijs: Gallimard 1964 [1755]

### EL

Montesquieu, *De l'esprit des lois*, twee delen, bezorgd door R. Callois, Parijs: Gallimard 1949-1951 [1748]

### EN

Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, bezorgd door J. Bywater, Oxford: Clarendon Press 1894

### GMS

I. Kant, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, Akademieausgabe deel 4, Berlijn: De Gruyter 1978 [1911] [1785]

### KPV

I. Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, Akademieausgabe deel 5, Berlijn: De Gruyter 1971 [1913] [1788]

### Leviathan

Th. Hobbes, *Leviathan*, bezorgd door N. Malcolm, Oxford: Oxford University Press 2012 [1651]

### MS

I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Akademieausgabe deel 6, Berlijn: De Gruyter 1968 [1907] [1797]

### On Liberty

J.S. Mill, 'On Liberty', in: *Utilitarianism and On Liberty. Including Mill's 'Essay on Bentham' and selections from the writings of Jeremy Bentham and John Austin*, bezorgd door M. Warnock, Oxford: Blackwell 2008 [2003] [1859], p. 88-180

### Original Contract

D. Hume, 'Of the original contract', in: *Essays. Moral, political and literary*, bezorgd door E.F. Miller, Indianapolis: Liberty Fund 1985 [1748], p. 465-487

### PhG

G.W.F. Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, bezorgd door W. Bonsiepen en R. Heede, Hamburg: Meiner 1980 [1807]

*PhR*

G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, bezorgd door K. Grotsch en E. Weisser-Lohmann, Hamburg: Meiner 2011 [1821]

*Pol.*

Aristoteles, *Politica*, bezorgd door W. D. Ross, Oxford: Clarendon Press 1957

*Il Principe*

Machiavelli, *Il Principe*, bezorgd door S. Bertelli, Milaan: Feltrinelli 1973 [1960] [1532]

*Principles*

J. Bentham, 'An introduction to the principles of morals and legislation', in: *Utilitarianism and on Liberty. Including Mill's 'Essay on Bentham' and selections from the writings of Jeremy Bentham and John Austin*, Oxford: Blackwell 2008 [2003 [1789], p. 17-51

*SLR*

J. Bodin, *Six livres de la république*, bezorgd door Ch. Frémont, M.D. Couziniet en H. Rochais, Parijs: Fayard 1986 [1576]

*STG*

J. Locke, 'Second treatise of civil government', in: *Two treatises of government*, bezorgd door P. Laslett, Cambridge: Cambridge University Press 1997 [1689], p. 265-427

*Summa*

Thomas van Aquino, *Summa theologiae*, drie delen, bezorgd door P. Caramello, Turijn: Marietti 1948-1950

*Utilitarianism*

J.S. Mill, 'Utilitarianism', in: *Utilitarianism and on Liberty: Including Mill's 'Essay on Bentham' and selections from the writings of Jeremy Bentham and John Austin*, bezorgd door M. Warnock, Oxford: Blackwell 2008 [2003] [1861], p. 181-235

*VGPh*

G.W.F. Hegel, *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*, bezorgd door E. Moldenhauer en K.M. Michel, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1979 [1837]

*VPhR*

G.W.F. Hegel, *Vorlesungen über die Philosophie der Religion*, bezorgd door E. Moldenhauer en K.M. Michel, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1986 [1832]

*ZeF*

I. Kant, *Zum ewigen Frieden*, Akademieausgabe deel 8, Berlijn: De Gruyter 1968 [1912] [1795]

## JURISPRUDENTIE

- HR 30 maart 1917, *NJ* 1917, p. 502 (*Raalder weg*)
- HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161, m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*)
- HR 25 mei 1928, *NJ* 1928, p. 1688, m.nt. E.M. Meijers (*Marchant et d'Ansembourg*)
- HR 28 februari 1929, *NJ* 1929, p. 905, m.nt. P. Scholten (*Intercueros*)
- HR 24 januari 1930, *NJ* 1930, p. 299, m.nt. E.M. Meijers (*Brandstichting*)
- HR 11 maart 1937, *NJ* 1937, p. 899, m.nt. E.M. Meijers (*Holdisco*)
- HR 25 februari 1949, *NJ* 1949/558, m.nt. D.J. Veegens (*Doetinchemse woonruimteverordening*)
- HR 15 november 1957, *NJ* 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*)
- HR 17 januari 1958, *NJ* 1961/568 (*Tandartsen*)
- ARRvS 1 december 1977, *AB* 1978/208, m.nt. M. Scheltema (*Groningse waterleidingbuizen*)
- HR 27 januari 1984, *NJ* 1984/536 (*Verstekeling*)
- ARRvS 15 november 1985, *AB* 1986/321, m.nt. P.J.J. van Buuren
- HR 30 september 1994, *NJ* 1996/196, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Shell*)
- HR 30 september 1994, *NJ* 1996/197, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Duphar*)
- HR 30 september 1994, *NJ* 1996/198, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Fasson*)
- HR 13 januari 1995, *NJ* 1997/366 (*Ontvanger/Bos*)
- ABRvS 10 april 1995, *AB* 1995/498, m.nt. G.A. van der Veen (*Long Lin*)
- ABRvS 30 november 1995, *AB* 1996/136, m.nt. S.E. Zijlstra (*Stichting Silicose*)
- CBB 21 juni 1995, *AB* 1995/576, m.nt. J.H. van der Veen
- ABRvS 9 mei 1996, *JB* 1996/158, m.nt. F.A.M. Stroink (*Maxis en Praxis*)
- ABRvS 4 juni 1996, *JB* 1996/172, m.nt. E. van der Linden
- ABRvS 3 oktober 1996, *AB* 1996/474, m.nt. A.F.M. Brenninkmeijer (*NV Luchthaven Schiphol*)
- ABRvS 21 oktober 1996, *JB* 1996/232, m.nt. H.J. Simon
- ABRvS 21 oktober 1996, *AB* 1996/496, m.nt. N. Verheij (*Nanne*)
- ABRvS 29 november 1996, *AB* 1997/66, m.nt. P.J.J. van Buuren (*Kledingreinigingsbedrijf Alpha*)
- ABRvS 18 februari 1997, *AB* 1997/143 m.nt. P.J.J. van Buuren (*Beurskens*)
- ABRvS 13 maart 1997, *JB* 1997/88 m.nt. R.J.N. Schlössels
- ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997/229, m.nt. P.J.J. van Buuren (*Van Vlodrop*)

- CRvB 24 september 1997, *JB* 1997/240, m.nt. F.J.L. Pennings
- ABRvS 11 mei 1998, *AB* 1998/298, m.nt. M.J. Jacobs (*Bedrijfsverplaatsing*)
- CRvB 28 mei 1998, *JB* 1998/150 m.nt. F. Vernimmen-De Jong, *AB* 1998/244, m.nt. H. Bröring
- ABRvS 18 februari 1999, *AB* 1999/143 m.nt. M. Scheltema, *JB* 1999/52, m.nt. R.J.N. Schlössels (*Legalisatie*)
- ABRvS 7 maart 2000, *JB* 2000/105, m.nt. F.A.M. Stroink
- ABRvS 19 juni 2000, *AB* 2000/339, m.nt. A. van Hall
- ABRvS 26 april 2001, *AB* 2001/410, m.nt. B.J. Schueler
- ABRvS 10 juli 2002, *AB* 2003/123, m.nt. N. Verheij
- ABRvS 29 april 2003, *JB* 2003/150
- ABRvS 27 augustus 2003, *AB* 2004/10, m.nt. N. Verheij (*Stichting Patiëntenfonds*)
- ABRvS 29 oktober 2003, *JB* 2003/344, m.nt. C.L.G.F.H. Albers
- HR 7 mei 2004, *NJ* 2006/281, m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*)
- ABRvS 19 mei 2004, *JB* 2004/256, m.nt. H. Peters (*Stichting Vuurwerkramp*)
- ABRvS 8 september 2004, *AB* 2005/107, m.nt. F.R. Vermeer
- HR 24 maart 2006, *NJ* 2009/485 (*Pfizer/Cosmétique*)
- HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008/527 (*DNB/Stichting Vie d'Or*)
- HR 10 november 2006, *NJ* 2008/491 (*Astrazeneca/Menzis*)
- ABRvS 7 februari 2007, *Gst.* 2007/72, m.nt. J.M.H.F. Teunissen
- HR 13 april 2007, *NJ* 2008/576, m.nt. J.B.M. Vranken (*Iraanse vluchtelingen*)
- HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/504 (*Barneveld/Gasunie*)
- ABRvS 3 september 2008, *Gst.* 2009/53
- CBB 31 maart 2009, *JB* 2009/140, m.nt. J.A.F. Peters (*Vereniging 'het Friesch Paardenstamboek'*)
- ABRvS 15 juli 2009, *AB* 2009/247, m.nt. H. Peters (*Stichting Waarborgfonds Kinderopvang*)
- ABRvS 24 december 2008, *AB* 2009/213, m.nt. B.P.M. van Ravels en A.M.L. Jansen (*Amelandse benzinestations*)
- ABRvS 23 december 2009, *AB* 2010/221, m.nt. H. Peters (*Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen*)
- CRvB 1 maart 2010, *AB* 2010/100, m.nt. H.E. Bröring
- HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/465 (*Hangmat*)
- ABRvS 19 januari 2011, *AB* 2011/47, m.nt. A.A.J. de Gier (*Brummen*)
- ABRvS 16 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP7776
- ABRvS 1 juni 2011, ECLI:NL:RVS:BQ6838
- ABRvS 13 juli 2011, *TBR* 2011/152 (*Tuibrug*)

- ABRvS 14 september 2011, *Gst.* 2011/111, m.nt. J.M.H.F. Teunissen
- HR 11 januari 2013, *NJ* 2013/47 (*Amsterdam/Have c.s.*)
- Vzt. Rechtbank Rotterdam 21 maart 2013, *AB* 2013/151, m.nt. R. Stijnen
- ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3663
- Hof Den Haag 28 januari 2014, *AB* 2014/197, m.nt. R. Stijnen
- HR 28 maart 2014, *AB* 2015/2 (*Prostitutiebedrijf Amsterdam*)
- ABRvS 21 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1817
- CRvB 10 juni 2014, *AB* 2014/329, m.nt. L.J.A. Damen, *AAe* 2015, p. 44-48 m.nt. H.Ph. J.A.M. Hennekens
- ABRvS 17 september 2014, *AB* 2015/129, m.nt. H. Peters (*Schipholregio*)
- ABRvS 17 september 2014, *AB* 2015/130, m.nt. H. Peters (*Platform 31*)
- ABRvS 17 september 2014, *AB* 2015/131, m.nt. H. Peters (*Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen*)
- ABRvS 19 november 2014, *AB* 2015/93, m.nt. E.C. Pietermaat
- ABRvS 14 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:14
- ABRvS 14 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:36
- ABRvS 4 maart 2015, *AB* 2015/160, m.nt. R. Stijnen
- Rb. Rotterdam 1 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2196
- Rb. Oost-Brabant 12 juni 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3340
- Rb. Rotterdam 24 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6092
- ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3138
- ABRvS 18 november 2015, *JB* 2015/218, m.nt. R.J.N. Schlössels en D.G.J. Sanderink (*Groninger gaswinning*)
- ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732
- ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890
- ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:891



## SUMMARY

This thesis investigates the Dutch system of administrative law from the perspectives of legal philosophy, political theory and intellectual history. Traditionally, the structure of Dutch administrative law is strongly determined by the notions of formal democracy, the undivided public interest and strict legal verticality. In modern times, these notions have come under increasing pressure. The classical model of administrative law developed from the idea of the state as a sovereign master, holding sway over its legal subjects by an unbound and indivisible public *imperium*. Present times, however, have seen a breakup of this *imperium* into separate pieces, not only left in the hands of supranational or subnational authorities but also entrusted to private actors. Meanwhile, individuals tend to perceive themselves not merely as *subjects*, but also or even primarily as *customers* or *partners* of the state, depending on public services and organizing themselves in non-governmental organizations or pressure groups that aim to influence or co-create public policy. These trends contribute to a ‘fragmentation’ and ‘horizontalization’ of public law that is strongly at odds with the idea of a clear vertical hierarchy that still serves as its dogmatic fundament. In order to respond to such developments, several pragmatic attempts were undertaken to revise the Dutch administrative law system, enriching it with all kinds of ‘horizontal’ elements but leaving the ‘vertical’ and abstract fundamentals of the classical system virtually intact. These attempts have turned out to be unsatisfactory, leaving the system in an incoherent and rather unstable state. Other than Baron Münchhausen, Dutch administrative law has proven unable to pull itself out of the swamp by its own hair. Only a multidimensional and critical re-examination of the underlying values and concepts of the system itself may finally result in a coherent, stable and legitimate system of administrative law that lives up to its modern institutional and socio-cultural context.

Classical Dutch administrative law can be properly described as an emanation of what Nonet and Selznick have identified as ‘autonomous law’. In response to the ‘repressive law’ that characterizes premodern societies, ‘autonomous law’ is grounded on the notion of the legal order as an artificial creation of free-choosing individuals who are only bound by the rules that they have set ‘themselves’ as the authors of a body of enacted laws or abstract principles. As such, it comprehends fairness in a procedural rather than a substantive way. Characteristically, ‘autonomous law’ professes the independence and strict neutrality of the judiciary, drawing sharp lines between legislative, administrative and judicial functions. In its fidelity to rules and procedures, ‘autonomous law’ evokes the Weberian ethos of rational legality. The main competence of ‘autonomous law’ is to restrain government and to limit the legal obligations of citizens. Narrowing the range of legally relevant facts, however, it tends to detach itself from social reality, focusing on rules and abstract principles rather than coming to terms with concrete circumstances and pressing social needs. Relying on administrative routines, it may suffer from a lack of purpose, thus becoming rather alien to the life world on which it imposes itself. Much of modern legal theory can be understood as a quest for a concept of law that mitigates the afflictions of ‘autonomous law’ without disregarding its central tenets of equal freedom

## SUMMARY

and legality. In this respect, Nonet and Selznick have proposed a model of ‘responsive law’ that retains a grasp on what is essential to its abstract institutional integrity while also attuning to the particular and broader societal context that it aims to regulate. Other than ‘autonomous law’, this model is explicitly concerned with the relational context in which abstract rights and principles are operative. Therefore, it is referred to in this study as ‘relational law’.

How, then, may Dutch administrative law be reformed in a way that befits its modern socio-cultural and institutional context while also acknowledging the abstract values of autonomy and rationality on which it was originally founded? Following a general trend in continental and Anglo-American jurisprudence, Dutch private law went through a phase of ‘relational’ reform in the early twentieth century. The ‘autonomous’ orientation of public law, however, remained largely intact. Judicial review of administrative actions, introduced to Dutch law only in 1976, typically aimed at testing the *ex tunc* legality of administrative decisions, protecting the abstract legal order against unlawful infringements. Only hesitantly, relational elements were added to the system of judicial review in the General Administrative Law Act of 1994, which replaces safeguarding the legality *erga omnes* by dispute settlement *inter partes* as its main focus but still sticks to its ‘autonomous’ dogmatic fundamentals. It is generally agreed that these fundamentals have become obsolete in times of ongoing ‘horizontalization’ and ‘fragmentation’ of public law. To what ideological background may the abstract orientation of classical Dutch administrative law be properly understood? Why was it once generally assumed that administrative law should not primarily focus on the relational exercise of rights and legal competences in *concreto*, but on the integrity of the legal order *in abstracto*? How may a coherent, stable and legitimate system of judicial review of government actions take shape that responds to its modern relational context? Should administrative law follow the example of private law in making a ‘relational turn’? Does such a turn necessarily also amount to a ‘privatization’ of administrative law? Or could one conceive of a model of ‘relational administrative law’ that responds to the ‘horizontalization’ and ‘fragmentation’ of public law but still adheres to the idea of a public-private divide as a meaningful distinction?

## PART I: THE STATE BETWEEN AUTONOMY AND RELATION

In order to answer such questions, it is necessary to examine the system of Dutch administrative law not only in dogmatic isolation, but also in its broader intellectual, historical and socio-cultural context. The first part of this thesis investigates the philosophical and historical foundations of both ‘autonomous’ and ‘relational’ conceptions of public law. It culminates in a new interpretation of the polemical debate on the desirability of judicial review between J.A. Loeff (1858-1921) and A.A.H. Struycken (1873-1923) as key players and ‘founding fathers’ of Dutch administrative law in the early twentieth century. The ‘autonomous’ understanding of public law has strong roots in the notion of the social contract. The ‘state of nature’ would entail a clash of private interests that makes an enduring social peace impossible. As the only way out of private interdependencies, the principle of equal freedom would require a transformation to a

‘civil state’ in which each subject conforms to the state as an artificial construct that is exclusively directed at the undivided public interest. From an historical point of view, the contract doctrine can be understood as a ‘liberating project’ that aims at detaching the individual from the prearranged relations that used to entangle him in the feudal system. In its quest for liberation, the ‘autonomous project’ tends to ignore the inherent social nature of man that a ‘relational’ tradition in political theory takes as its point of departure. As philosophers like Honneth have rightly argued, the ‘autonomous’ project has inflicted several ‘pathologies’ on law that severely disturb its communal function. Not in the least does the disruptive nature of these pathologies manifest itself in public law, which more than modern private law is modeled on abstract rules and principles that seriously hamper the communicative rationality and conflict-solving potential of ordinary social life.

As a cure for these inflections, Honneth proposes an understanding of law that is based on the notion of a democratic ‘Sittlichkeit’ that acknowledges the inherently social nature of man without disregarding the enlightened idea of citizens as unbound and free-choosing subjects. In doing so, Honneth explicitly draws on the Hegelian idea of the state as a moral community in which the ‘autonomous’ and rational concept of ‘abstract right’ on the one hand and the ‘relational’ notion of unreflected solidarity on the other both have their own place, but also find each other on the synthetic level of ‘Sittlichkeit’ as an overarching legal principle. A similar conception of the state as an ‘ethical body’ is articulated by Dutch statesman and lawyer J.R. Thorbecke (1798-1872), whose influence on the development of Dutch public law can hardly be overestimated. Not unlike Hegel, Thorbecke believes that administrative law is ‘ethical’ by nature as it typically concerns the interests of the state as an organic ethical whole. Whereas civil law and criminal law cases would be primarily determined by ‘autonomous’ and mostly formal principles of ‘abstract right’, administrative law cases could only be decided on the basis of an internalized sense of the shared ethics of the state as an organic whole. As Honneth recognizes, Hegel’s understanding of the state as a predetermined ethical whole is strongly at odds with modern notions of pluralism and non-essentialism and therefore has no place in modern law. Honneth’s idea of a *democratic* ‘Sittlichkeit’, however, entails that ethical life is not determined from some Archimedean point, but should rather be viewed as the preliminary outcome of a public debate in which no one has the last word. For Honneth as for Hegel, however, social reality is imbued with independent normative value that should never be ignored in this discussion. The communicative rationality that is inherent in social life could only flourish when this is properly recognized.

The polemical debate between Loeff and Struycken can only be fully understood against its original historical and intellectual backdrop. In the available literature, the discussion is usually described in anachronistic terms as a clash between Loeff as a passionate constitutionalist and Struycken as a democrat. Such an interpretation, however, is mistaken. Loeff’s plea for a system of judicial review of government decisions had nothing to do with the protection of individual rights against state infringement. On the contrary; first as a scholar and then as a politician, Loeff was tireless in his *rejection* of the idea of public subjective rights. Instead, his proposal for a model of judicial review by independent judges was built on the positivist and ‘autonomous’ idea of public law as a legal domain that should be ‘purified’ from any notion of ‘Sittlichkeit’ as a mysterious

## SUMMARY

and in fact rather arbitrary instrument in the hands of government. Different from common belief, Struycken's resistance of Loeff's proposal of judicial review was not driven by a naive confidence in democratic control of government, but rather by an anti-positivism grafted upon the 'relational' idea of a public Hegelian 'Sittlichkeit'. A re-examination of the Loeff-Struycken debate in its original intellectual context is not only interesting from an historical point of view, but also enhances our understanding of problems and dilemma's of public law that are as no less pertinent for us today. Warning against the dangers of judicial abstraction and rational reduction, Struycken had a sharp eye for the negative impact of the 'pathologies of reason' as outlined by Honneth. Evidently, Struycken's Hegelian appeal to a heartfelt sense of 'Sittlichkeit' of government officials is outdated. In modern law, judicial review of government decisions is an established fact, and rightly so. As we can learn from Struycken, however, an unbalanced system of 'autonomous' public law may lead to serious inflictions and other disturbances of social life that can only be remedied by strong 'relational' counterweight.

## PART II: LAW BETWEEN AUTONOMY AND RELATION

The second part of this thesis examines how the tension between the 'autonomous' and 'relational' conceptions of public law has manifested itself in the development of modern Dutch administrative law. The 'autonomous' identity of public law as compared to a more 'relational' grasp of private law has strong origins in the idea of the latter as a bottom-up system of organic 'common law' ('gemeen recht'), only infringed by top-down rules of public law as a domain of artificial exception. With Loeff's proposal for a system of judicial review having been thwarted, the 'common law doctrine' ('gemene rechtsleer'), originally of German descent, soon developed into the standard frame of mind of most Dutch lawyers and legal scholars. It served as a theoretical basis for both the 'relational' reform of private law and the extension of the competence of the civil court so as to at least partly fill the gap in the judicial protection of rights against government actions. With the blurring of legal boundaries that is typical of the rise of the welfare state, however, the common law doctrine encountered increasing criticism in the seventies and eighties, in which some scholars proposed its replacement by a 'mixed law doctrine' ('gemengde rechtsleer') that rejects the idea of a public-private law divide as a meaningful distinction. Contradicting the concept of the state as a sovereign power, it considers the state as an organization that does not *essentially* differ from private organizations. As such, it typically denies the inherent vertical character of public law and labels the state as an 'actor' entangled in a complex interplay with other legal entities. With regard to administrative law, the 'mixed law doctrine' serves as a theoretical basis of a 'relational' theory of administrative law that was most influentially developed by E.M.H. Hirsch Ballin drafting on the work of Norbert Achterberg. In its theoretical denial of any essential legal inequality between public and private actors, this theory encountered fierce criticism of scholars who recognized it as a 'horizontalization' and 'privatization' of public law that does no justice to what some regard as the 'specific character' of public law relations. The 'real common law doctrine' ('echte gemene rechtsleer' or 'gemeenschappelijke rechtsleer'), only recently developed, is well equipped to counter such criticism. It traces public and private law back to the

common principles of a 'relational' ethics that precede the public-private law divide, but also explicitly recognizes the formal verticality of public law and the unique position of the state as a wielder of legitimate force.

'Relational' conceptions of administrative law of any kind, however, are opposed by scholars adhering to the 'Maastricht school', with A.Q.C. Tak en J.M.H.F. Teunissen as most prominent advocates of an 'autonomous' model of administrative law that is explicitly built on the 'autonomy of each human being, only bound by the autonomy of other human beings'. Grafting their theory on the reformational philosophy and modal theory of Herman Dooyeweerd, Tak and Teunissen subscribe to his idea of 'a priori divides' between state and society, public and private law and distributive and corrective justice as distinctions that are constitutive of a true modern 'Rechtsstaat'. In their secular, but no less dogmatic account of Dooyeweerd's theory, Tak en Teunissen ignore its theological foundations, confusing God's creative will and the broken nature of temporal reality and the human condition after the fall of man with the supremacy of the 'free will' of unbound individuals. For Tak en Teunissen, therefore, the autonomous freedom of each individual is the ultimate source of the legal order. Under no circumstances are they willing to give up or modify that 'pure' theoretical point of departure for the sake of 'impure' pragmatics. Partly in dialogue with Tak and Teunissen, M. Schreuder-Vlasblom developed a theory of administrative law that is substantially different, but equally 'autonomous' in nature. Stressing the centrality of the undivided common interest and the *erga omnes* character of public law, her theory of 'coherent administrative law' leaves little room for a 'relational' arbitration of administrative law cases in the light of concrete circumstances *inter partes*. In their abstract one-sidedness, the approaches of Tak, Teunissen and Schreuder-Vlasblom may seem rather unattractive. Nevertheless, their principled visions uncover a fundamental tension between 'fact' and 'value' in administrative law that as yet has remained unresolved. Only a model that keeps an eye on empirical reality but also acknowledges that law can only be law when it abstracts to some degree of that reality may provide a way out of the impasse.

### PART III: ADMINISTRATIVE ACT, RELATIVITY, PROPORTIONALITY AND TRIAS POLITICA

The third part of this thesis explores the ways in which 'autonomous' and 'relational' theories of administrative law come to the surface on a more concrete level, examining three current debates on the development of positive administrative law. One of those debates concerns the central position of the administrative decision in Dutch administrative procedural law. Originally, the idea to limit the jurisdiction of the administrative court to a general test of 'administrative acts' was instigated by a ratio of formal legality, protecting the abstract legal order rather than concrete legal subjects. The abstract focus on the administrative act as the pivotal object of judicial review has turned out to be unsatisfactory, drifting away from the material conflict between concrete parties and thus seriously hampering the ability of administrative law to come to terms with social reality. In reaction to such 'pathologies', the administrative court has since long tended to stretch their competence to a wider range of government actions, 'strategically' interpreting the

dogmatic figure of the 'administrative act' as criterion of standing in the light of specific circumstances. In his efforts to find an appropriate balance between the 'autonomous' values of formal legality and legal certainty on the one hand and the 'relational' idea of contextualization on the other, the administrative court has in fact created an erratic and obscure system that is no longer workable. Equally caught in ambivalence, the legislator long remained at certain distance of this problem, introducing all kinds of 'relational' reforms to administrative law but leaving the pivotal position of the administrative act in judicial procedures virtually untouched. Only recently does he seem to adopt a 'growth model' that provides for gradual extension of the administrative court's jurisdiction, flanking the legality test of administrative acts with all kinds of application procedures with the legal claim of the requiring party as their direct object.

As second recent development that reflects the tension between 'autonomous' and 'relational' conceptions of public law concerns the recent introduction of the 'requirement of relativity' ('Schutznorm') into Dutch administrative law. This requirement entails that a litigant cannot successfully invoke a legal norm that does not pertain to the protection of his interests. According to an 'autonomous' understanding of law, there could be no place for such a requirement, aiming as it does at the abstract integrity of the legal order and granting legal subjects a near to absolute right to be exempted of the consequences of unlawful administrative decisions. In a 'relational' conception of administrative law, however, such a right cannot be accounted for, as such a conception necessarily ascribes a certain weight to the balancing of material interests in the case at hand. Thus, the introduction of the relativity requirement in Dutch administrative law marks an important moment in the shift towards a more relational understanding of administrative law, a process that is usually referred to in Dutch literature as its 'subjectivation'. In private law, the relativity requirement was introduced as a prominent feature of a similar turn in the early twentieth century. Moving from *Begriffsjurisprudenz* towards *Interessenjurisprudenz* and finally balancing those approaches in *Wertjurisprudenz*, the development of the relativity doctrine in Dutch private law shows that legal relativity revolves around a precarious balance between 'relational' and 'autonomous' conceptions of law that should neither be ignored. A similar equilibrium has to be found in administrative law. Nevertheless, the inherent juridical verticality of public law requires an administrative relativity doctrine that does not just copy its private counterpart, but does justice to the specific nature of public as opposed to private law.

Thirdly, the gap between 'autonomous' and 'relational' notions of public law plays an important role in the discussion about the application of the proportionality principle in administrative law. In Dutch law, a familiar view entails that the administrative court should not 'occupy the chair of the executive'. By virtue of its powers, the government would have a 'discretionary latitude of decision' in which it is only under democratic control; insofar as it is not a matter of a 'criminal charge' there is only space for judicial review beyond the 'edges' of the administrative domain. The idea of 'marginal review' that is thus applied is closely related to the 'autonomous' notion of law and policy as separate domains and the conception of the *trias politica* as a strict separation of powers. In addition, it can be regarded as a distant echo of the Hegelian view of independent judges as unworldly figures relying one-sidedly on abstract reason, out of touch as they would



tend to be with ‘Sittlichkeit’ as the preferred basis for government decisions. The Dutch tradition of ‘marginal review’ encounters increasing criticism. The significant erosion of codified law as a regulatory framework would require a more sophisticated system in which the court may intensify its review in cases in which there is no punitive decision, but nonetheless a breach of important interests or fundamental rights. A modern ‘relational’ conception of law leaves no room for an administrative domain that is exempt from judicial control; instead, it entails that the exercise of public powers is always restrained by the unrestricted requirements of appropriateness, necessity and proportionality *sensu stricto*. As such, it calls for an understanding of the *trias politica* as it was originally envisioned by Montesquieu: a balance of powers in which ‘le pouvoir arrête le pouvoir’ instead of a system in which each of the actors firmly sticks to its own seat. As such, a return to the spirit of Montesquieu’s age-old teachings, too often misunderstood and misrepresented in subsequent times, provides a solution for an urgent current need.

## CONCLUSION

The essence of all this is well summarized by a miniature from Diebold Schilling’s Lucerne Chronicle that is shown on the cover of this book. The illustration reveals the proceedings of the Mulhouse court in 1513. The space in the open field under the linden tree is clearly fenced, artificially creating a certain distance from city life. Simultaneously, however, the illustration seems to make clear that law should never set itself too much apart from that same social life. On the background, we see the houses and the walls, where people trade and gather on the central squares. In its relative distance from ordinary social life, law can maintain its guise of neutrality and impartiality. In the midst of the city’s turmoil, mingling without any reservation in all its conflicts of interests as sure signs of a ‘war of every man against every man’ as a natural condition, it could never perform its cohesive and pacifying function. At the same time, however, law should not withdraw in misconceived ‘autonomy’, upholding the illusion that it could ever take up a position that is completely detached from these conflicts. Conceptions of law that persevere in that illusion may result in ‘autonomous pathologies’ that distort the bottom-up grammar of communicative rationality and severely disrupt its problem-solving potential. Law, in short, will have to find a balance between distance and proximity, system and life-world, abstraction and particularity, in other words: between autonomy and relation. This goes as much for administrative as for private law. Nevertheless, the specific character of administrative as opposed to private law should weigh as an independent factor in the never-ending search for the right balance.





## CURRICULUM VITAE

Lukas van den Berge studeerde klassieke talen en geneeskunde en later ook rechten aan de Universiteit van Amsterdam en de Universiteit Utrecht. In 2012 trad hij in dienst als docent bij de afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtstheorie van de Universiteit Utrecht en vanaf 2013 bovendien als promovendus bij het Montaignecentrum voor Rechtspleging en Conflictoplossing aan dezelfde universiteit. Thans is hij als universitair docent verbonden aan de afdeling Algemene Rechtswetenschappen, sectie Sociologie, Theorie en Methodologie van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

